Fernando Capez

direito penal

simplificado

parte especial

De acordo com as Leis
n. 12.382, 12.403 e 12.433/2011

Todo o programa da matéria de forma simples e direta



Fernando Capez

direito penal simplificado

parte especial

16ª edição
2012

Editora Saraiva

Editora Saraiva

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

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

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

BAHIA/SERGIPE

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

BAURU (SÃO PAULO)

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

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

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

DISTRITO FEDERAL

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

GOIÁS/TOCANTINS

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

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

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

MINAS GERAIS

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

PARÁ/AMAPÁ

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

PARANÁ/SANTA CATARINA

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

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

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

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

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

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

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

RIO GRANDE DO SUL

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

SÃO PAULO

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

ISBN 978-85-02-15690-6
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Capez, Fernando
Direito penal simplificado : parte especial / Fernando Capez. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
Bibliografia.
1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I. Título. II. Série.
CDU-343

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito penal 343

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editora Thaís de Camargo Rodrigues
Assistente editorial Aline Darcy Flôr de Souza
Produção editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Cíntia da Silva Leitão
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Sônia de Paiva Lima
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Ivani Cazarim
Serviços editoriais Carla Cristina Marques / Lupércio de Oliveira Damasio
Capa Guilherme P. Pinto
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 25-11-2011

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

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

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe ***Le Livros*** e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudíavel a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O ***Le Livros*** e seus parceiros disponibilizam conteúdo de dominio publico e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: ***LeLivros.Net*** ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento,e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluira a um novo nível.



Sumário[1]

TÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

CAPÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A VIDA

Art. 121 – Homicídio
- *1. CONCEITO*
- *2. OBJETO JURÍDICO*
- *3. OBJETO MATERIAL*
- *4. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME*
  - *4.1. Ação nuclear*
  - *4.2. Sujeito ativo*
  - *4.3. Sujeito passivo*
- *5. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *6. MOMENTO CONSUMATIVO*
- *7. TENTATIVA*
- *8. CRIME IMPOSSÍVEL*
- *9. FORMAS*
  - *9.1. Homicídio simples*
    - *9.1.1. Homicídio simples e a Lei dos Crimes Hediondos*
  - *9.2. Homicídio privilegiado*
    - *9.2.1. Natureza jurídica*
    - *9.2.2. Hipóteses de homicídio*
    - *9.2.3. Homicídio privilegiado e homicídio passional*
    - *9.2.4. Homicídio privilegiado e a Lei dos Crimes Hediondos*
    - *9.2.5. Homicídio privilegiado e coexistência com*

circunstâncias qualificadoras
9.2.6. Homicídio qualificado-privilegiado e a Lei dos Crimes Hediondos
9.3. Homicídio qualificado
9.3.1. Natureza jurídica
9.3.2. Hipóteses previstas no art. 121, § 2º, I a V, do CP
9.3.3. Circunstâncias qualificadoras
9.4. Homicídio culposo
9.4.1. Tipo penal aberto
9.4.2. Modalidades de culpa
9.4.3. Compensação de culpas, culpa exclusiva da vítima e concorrência de culpas
9.4.4. Perdão judicial
9.4.5. Inovações introduzidas pelo Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503/97 (CAPEZ; GONÇALVES, 1998)
9.5. Causas especiais de aumento de pena
9.5.1. Homicídio doloso contra menor de 14 anos ou maior de 60 anos
9.5.2. Homicídio culposo
9.5.3. Homicídio culposo e lesão culposa cometidos na direção de veículo automotor
10. CONCURSOS DE CRIMES
11. AÇÃO PENAL

Art. 122 – Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.1.1. Induzir
3.1.2. Instigar

3.1.3. Prestar auxílio
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. NEXO CAUSAL
6. MOMENTO CONSUMATIVO
6.1. Natureza jurídica da morte e das lesões corporais graves
6.2. Lapso entre a instigação ou auxílio e o suicídio – prazo de prescrição
7. TENTATIVA
8. FORMAS
8.1. Simples
8.2. Qualificada
9. PACTO DE MORTE
10. ROLETA-RUSSA E DUELO AMERICANO
11. SUICÍDIO NÃO CONSUMADO E ABERRATIO ICTUS
12. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Art. 123 – Infanticídio
1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Meios de execução
3.3. Sujeito ativo
3.4. Sujeito passivo
3.5. Cláusula temporal – "durante o parto ou logo após"
3.6. Elemento psicofisiológico – estado puerperal
3.7. Psicoses puerperais após o parto
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA

7. CONCURSO DE PESSOAS
8. QUESTÕES DIVERSAS
9. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Arts. 124 a 128 – Aborto
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Meios de execução
3.2.1. Ação
3.2.2. Omissão
3.3. Sujeito ativo
3.4. Sujeito passivo
4. CONSUMAÇÃO E EXAME DE CORPO DE DELITO
5. NEXO CAUSAL
6. TENTATIVA
7. ELEMENTO SUBJETIVO
8. CONCURSO DE CRIMES
8.1. Crimes de aborto e homicídio
8.2. Crimes de aborto e constrangimento
8.3. Crime de aborto – sujeito passivo – gêmeos
8.4. Crimes de aborto e comunicação falsa de crime
9. FORMAS
9.1. Aborto provocado pela própria gestante – aborto consentido (art. 124 do CP)
9.2. Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP)
9.2.1. Hipóteses de dissentimento (art. 126, parágrafo único, do CP)
9.2.2. Erro de tipo
9.3. Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da

gestante (art. 126 do CP)
10. FORMA QUALIFICADA (ART. 127 DO Cp)
10.1. Abrangência
10.2. Lesão corporal grave ou morte da gestante
10.2.1. Enquadramento legal da conduta do partícipe
10.2.2. Crime preterdoloso
10.3. Lesão corporal leve ou grave como meio necessário à prática do aborto
11. ABORTO LEGAL – CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE (ART. 128 DO CP)
11.1. Natureza jurídica
11.2. Aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I, do CP)
11.2.1. Sujeito ativo – enfermeira ou parteira
11.3. Aborto sentimental, humanitário ou ético (art. 128, II, do CP)
11.3.1. Consentimento da vítima e prova do estupro
11.3.2. Erro de tipo – médico induzido a erro (art. 20, § 2º, do CP)
11.3.3. Sujeito ativo – enfermeira
11.3.4. Partícipe – enfermeira
12. OUTRAS ESPÉCIES DE ABORTO
13. QUESTÕES DIVERSAS
14. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

CAPÍTULO II – DAS LESÕES CORPORAIS

Art. 129 – Lesão corporal
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. CONSENTIMENTO DO OFENDIDO – LESÕES ESPORTIVAS E INTERVENÇÃO MÉDICO-CIRÚRGICA

3.1. Lesões esportivas
3.2. Intervenção médico-cirúrgica
4. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
4.1. Ação nuclear
4.2. Sujeito ativo
4.3. Sujeito passivo
5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA
7. ELEMENTO SUBJETIVO
8. FORMAS
8.1. Lesão corporal leve ou simples (caput)
8.1.1. Distinção – lesão leve, contravenção penal de vias de fato e injúria real
8.2. Lesão corporal qualificada pelo resultado (§§ 1º a 3º)
8.2.1. Tentativa de crime de lesão corporal qualificada pelo resultado
8.2.2. Lesão corporal de natureza grave (§ 1º)
8.2.3. Lesão corporal gravíssima (§ 2º)
8.2.4. Lesão corporal seguida de morte (§ 3º)
8.3. Lesão corporal privilegiada (§ 4º)
8.4. Lesão corporal culposa (§ 6º)
8.4.1. Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor
9. SUBSTITUIÇÃO DA PENA (§ 5º)
10. AUMENTO DE PENA (§ 7º)
11. PERDÃO JUDICIAL (§ 8º)
12. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
12.1. Modificações introduzidas pela Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004
12.2. Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006
13. QUESTÕES DIVERSAS
14. AÇÃO PENAL

CAPÍTULO III – DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE DE OUTREM

Aspectos gerais – perigo e dolo
- *1. ESPÉCIES DE CRIME DE PERIGO*
- *2. ESPÉCIES DE DOLO*

Art. 130 – Perigo de contágio venéreo
- *1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES*
- *2. OBJETO JURÍDICO*
- *3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME*
  - *3.1. Ação nuclear – meios executórios*
  - *3.2. Sujeito ativo*
  - *3.3. Sujeito passivo*
- *4. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *5. MOMENTO CONSUMATIVO*
- *6. TENTATIVA*
- *7. FORMAS*
  - *7.1. Simples*
  - *7.2. Qualificada*
  - *7.3. Culposa*
- *8. CONCURSO DE CRIMES*
- *9. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO*

Art. 131 – Perigo de contágio de moléstia grave
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME*
  - *2.1. Ação nuclear*

2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. MOMENTO CONSUMATIVO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Culposa
7. CONCURSO DE CRIMES
8. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Art. 132 – Perigo para a vida ou saúde de outrem
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Culposa
8. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 132, PARÁGRAFO ÚNICO)
9. CONCURSO DE CRIMES
10. CRIME DE PERICLITAÇÃO DA VIDA OU SAÚDE DE OUTREM E O DELITO DE "DISPARO DE ARMA DE FOGO" DA LEI N. 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003
11. CRIMES DE PERIGO PREVISTOS NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – LEI N. 9.503/97

12. AÇÃO PENAL

Art. 133 – Abandono de incapaz
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Qualificada
7.3. Culposa
8. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA
9. AÇÃO PENAL

Art. 134 – Exposição ou abandono de recém-nascido
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES
2. OBJETIVIDADE PRÓPRIA
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. CONCURSO DE PESSOAS
5. ELEMENTO SUBJETIVO
6. MOMENTO CONSUMATIVO
7. TENTATIVA
8. FORMAS

8.1. Simples
8.2. Qualificada
8.3. Culposa
9. AÇÃO PENAL

Art. 135 – Omissão de socorro
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.1.1. Deixar de prestar assistência
3.1.2. Não pedir socorro a autoridade pública
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeitos passivos
4. CONCURSO DE PESSOAS
5. ELEMENTO SUBJETIVO
6. CONCURSO DE CRIMES
7. MOMENTO CONSUMATIVO
8. TENTATIVA
9. FORMAS
9.1. Simples
9.2. Qualificada
9.3. Culposa
10. DISTINÇÕES
11. OMISSÃO DE SOCORRO DE ACORDO COM O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – LEI N. 9.503/97 (CAPEZ; GONÇALVES, 1998)
12. AÇÃO PENAL

Art. 136 – Maus-tratos
1. OBJETO JURÍDICO

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear
2.1.1. Privar de alimentos
2.1.2. Sujeitar a trabalho excessivo ou inadequado
2.1.3. Abusar de meio corretivo ou disciplinar
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. MOMENTO CONSUMATIVO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Qualificada
6.3. Culposa
7. CAUSA DE AUMENTO DE PENA
8. QUESTÕES DIVERSAS
9. AÇÃO PENAL

CAPÍTULO IV – DA RIXA

Art. 137 – Rixa
1. CONCEITO
1.1. Formas de surgimento
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeitos ativos
3.2.1. Concurso de pessoas
3.3. Sujeitos passivos
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO

6. TENTATIVA
7. CONCURSO DE CRIMES
8. FORMAS
8.1. Simples
8.2. Qualificada
8.2.1. Rixa qualificada e crime único
8.3. Culposas
9. RIXA E LEGÍTIMA DEFESA
10. DISTINÇÃO ENTRE RIXA E DELITO MULTITUDINÁRIO
11. AÇÃO PENAL

CAPÍTULO V – DOS CRIMES CONTRA A HONRA
1. INTRODUÇÃO

Art. 138 – Calúnia
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear (caput)
2.1.1. Imputação de contravenção penal
2.1.2. Imputação de fato atípico
2.2. Elemento normativo do tipo – falsidade da imputação
2.3. Ação nuclear (§ 1º) – propalação ou divulgação da calúnia
2.4. Sujeito ativo
2.5. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Majorada

7. EXCEÇÃO DA VERDADE (EXCEPTIO VERITATIS – § 3º)
7.1. Exceção de notoriedade do fato
8. DISTINÇÕES
8.1. Calúnia e denunciação caluniosa
8.2. Calúnia e falso testemunho
8.3. Calúnia e difamação
8.4. Calúnia e injúria

Art. 139 – Difamação
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.1.1. Propalação ou divulgação da difamação
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Majorada
7. EXCEÇÃO DA VERDADE (PARÁGRAFO ÚNICO)
7.1. Lei de Imprensa
8. DISTINÇÃO ENTRE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

Art. 140 – Injúria
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo

3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.1.1. Perdão judicial – provocação e retorsão (§ 1º), art. 140 do CP
6.2. Majorada
6.3. Qualificada – injúria real
6.3.1. Vias de fato e violência
6.3.2. Preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência
7. EXCEÇÃO DA VERDADE

Art. 141 – Das disposições comuns aos crimes contra a honra
1. FORMAS MAJORADAS APLICÁVEIS AOS CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ART. 141)
2. CAUSAS ESPECIAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE – CRIMES DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ART. 142)
2.1. A ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador (inc. I)
2.1.1. Ofensa irrogada em juízo
2.1.2. Nexo entre a ofensa irrogada e a discussão da causa
2.1.3. Ofensa irrogada pela parte ou seu procurador
2.2. A opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar (inc. II)
2.3. O conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício (inc. III)
2.4. Nos casos dos incisos I e III, responde pela injúria ou

pela difamação quem lhe dá publicidade (parágrafo único)
3. RETRATAÇÃO – CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO (ART. 143)
4. PEDIDO DE EXPLICAÇÕES EM JUÍZO – CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ART. 144)
5. AÇÃO PENAL – CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ART. 145)

CAPÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL

Seção I
Dos crimes contra a liberdade pessoal

Art. 146 – Constrangimento ilegal
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear
2.2. Ação física
2.2.1. Coação mediante violência
2.2.2. Coação mediante ameaça
2.2.3. Qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência do ofendido
2.3. Sujeito ativo
2.4. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. MOMENTO CONSUMATIVO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples

6.2. Majorada
6.3. Culposa
7. CONCURSO DE CRIMES
8. CAUSAS ESPECIAIS DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE
9. AÇÃO PENAL

Art. 147 – Ameaça
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear
2.2. Elementos normativos do tipo – mal injusto e grave
2.3. Sujeito ativo
2.4. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. MOMENTO CONSUMATIVO
5. TENTATIVA
6. CONCURSO DE CRIMES
7. DISTINÇÕES ENTRE CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL E DE AMEAÇA
8. AÇÃO PENAL

Art. 148 – SeqUestro e cárcere privado
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear e meios executórios
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS

6.1. Simples
6.2. Qualificada
6.2.1. Qualificada pelo resultado
6.3. Forma culposa
7. CONCURSO DE CRIMES
7.1. Sequestro e roubo
7.2. Sequestro e a Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97)
8. AÇÃO PENAL

Art. 149 – Redução a condição análoga à de escravo
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. FIGURAS EQUIPARADAS
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Culposa
7.3. Causa de aumento (impropriamente chamada de forma qualificada)
8. AÇÃO PENAL

Seção II
Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio

Art. 150 – Violação de domicílio

1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear
2.2. Elementos normativos do tipo
2.3. Objeto material
2.4. Sujeito ativo
2.5. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Qualificada
7. CAUSA DE AUMENTO DE PENA
8. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE
9. CONCURSO DE CRIMES
10. AÇÃO PENAL

Seção III
Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência

Art. 151 – Violação de correspondência
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear – objeto material – elemento normativo do tipo
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO

6. TENTATIVA
7. AÇÃO PENAL

TÍTULO II – DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

CAPÍTULO I – DO FURTO

Art. 155 – Furto
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Objeto material
3.3. Elemento normativo
3.4. Sujeito ativo
3.5. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO
6. TENTATIVA
7. FURTO DE USO
8. FURTO FAMÉLICO OU NECESSITADO
9. FORMAS
9.1. Furto noturno
9.2. Furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP)
9.2.1. Furto qualificado-privilegiado
9.2.2. Furto noturno privilegiado
9.3. Furto de energia
9.4. Furto qualificado
9.4.1. Quadrilha e furto qualificado pelo concurso de pessoas

9.4.2. Furto qualificado – furto de veículo automotor
10. AÇÃO PENAL

Art. 156 – Furto de coisa comum
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear – objeto material
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRIME
5. AÇÃO PENAL

CAPÍTULO II – DO ROUBO E DA EXTORSÃO

Art. 157 – Roubo
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear e meios executórios
2.2. Objeto material
2.3. Sujeito ativo
2.4. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. FORMAS
4.1. Roubo próprio
4.2. Roubo impróprio
4.3. Causas especiais de aumento de pena (“roubo qualificado”)
4.4. Roubo qualificado pela lesão corporal de natureza grave
4.5. Latrocínio

5. AÇÃO PENAL

Art. 158 – Extorsão
1. OBJETO JURÍDICO
2. OBJETO MATERIAL
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO DELITO
3.1. Ação nuclear – meios executórios – elemento normativo do tipo
3.1.1. Meios executórios
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeitos passivos
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Causa especial de aumento de pena
7.3. Qualificada
7.4. Qualificada: "sequestro-relâmpago"
8. DISTINÇÕES
9. CONCURSO DE CRIMES
10. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Art. 159 – Extorsão mediante sequestro
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO

5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Qualificadas
8. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – DELAÇÃO EFICAZ OU PREMIADA – § 4º
9. A QUESTÃO DA MULTA

CAPÍTULO IV – DO DANO

Art. 163 – Dano
1. OBJETO JURÍDICO
2. OBJETO MATERIAL
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ações nucleares
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Qualificada
8. AÇÃO PENAL
9. OUTRAS CONDUTAS TÍPICAS DANOSAS

CAPÍTULO V – DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Art. 168 – Apropriação indébita
1. OBJETO JURÍDICO
2. OBJETO MATERIAL
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Elemento normativo do tipo
3.3. Sujeito ativo
3.4. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Causas de aumento de pena
7.2.1. Depósito necessário (inc. I)
7.2.2. Apropriação indébita qualificada pela qualidade pessoal do autor (inc. II)
7.2.3. Coisa recebida em razão de ofício, emprego ou profissão (inc. III)
7.3. Privilegiada
7.4. Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)
7.5. Lei n. 10.684/2003 (Parcelamento Especial) e crimes previdenciários
7.6. Parcelamento do débito previdenciário e a Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011
8. DISTINÇÕES
9. COMPETÊNCIA E AÇÃO PENAL

CAPÍTULO VI – DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

Art. 171 – Estelionato

1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear – meios executórios
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. MOMENTO CONSUMATIVO
4. TENTATIVA
5. ELEMENTO SUBJETIVO
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Privilegiada
6.3. Formas equiparadas
6.3.1. Disposição de coisa alheia como própria (inc. I)
6.3.2. Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (inc. V)
6.3.3. Fraude no pagamento por meio de cheque (inc. VI)
6.4. Causa de aumento de pena
7. CONCURSO DE CRIMES
8. DIFERENÇAS
9. AÇÃO PENAL

CAPÍTULO VII – DA RECEPTAÇÃO

Art. 180 – Receptação
1. OBJETO JURÍDICO
2. OBJETO MATERIAL
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ações nucleares
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo

4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Figura qualificada
7.3. Figura privilegiada
7.4. Receptação culposa
7.5. Perdão judicial
8. CONCURSO DE CRIMES
9. AÇÃO PENAL

CAPÍTULO VIII – DISPOSIÇÕES GERAIS
1. Modificações trazidas ao inciso I do art. 181 do Código Penal pelo Código Civil de 2002

TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CAPÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Art. 213 – Estupro
1. CONCEITO E OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear – ação física
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. MOMENTO CONSUMATIVO
5. TENTATIVA

6. PROVA DA MATERIALIDADE
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Qualificada pelo resultado
8. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS
9. CONCURSO

Art. 214 – Atentado violento ao pudor

Art. 215 – Violação sexual mediante fraude
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear – meio executório
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. MOMENTO CONSUMATIVO
5. TENTATIVA
6. FORMA QUALIFICADA
7. QUESTÕES
8. AÇÃO PENAL

Art. 216 – Atentado ao pudor mediante fraude

Art. 216-A – Assédio sexual
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear – meio executório

3.2. Elemento normativo do tipo
3.3. Sujeito ativo
3.4. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO E TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Causa de aumento de pena (art. 216-A, § 2º, do CP)
6.3. Causas de aumento de pena (art. 226 do CP)
7. AÇÃO PENAL

CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

Art. 217-A – Estupro de vulnerável
1. CONSIDERAÇÕES GERAIS
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS QUALIFICADAS
7. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 234-A)
8. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Art. 218 – corrupção de menores
1. CONSIDERAÇÕES GERAIS
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO e TENTATIVA
6. FORMA MAJORADA (ART. 234-A do cp)
7. AÇÃO PENAL e PROCEDIMENTO

Art. 218-A – Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente
1. CONCEITO E OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Art. 218-B – Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Equiparadas

6.3. Majorada (art. 234-A do CP)
7. Ação Penal e Procedimento

CAPÍTULO III – DO RAPTO

Art. 219 – Rapto violento ou mediante fraude

Art. 220 – Rapto consensual

CAPÍTULO IV – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 223 – Formas qualificadas

Art. 224 – Presunção de violência

Art. 225 – Ação penal

Art. 226 – Aumento de pena
Extinção da punibilidade
Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006

CAPÍTULO V – DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE

EXPLORAÇÃO SEXUAL

Art. 227 – Mediação para servir a lascívia de outrem
- *1. CONCEITO*
- *2. OBJETO JURÍDICO*
- *3. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *3.1. Ação nuclear*
  - *3.2. Sujeito ativo*
  - *3.3. Sujeito passivo*
- *4. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*
- *6. FORMAS*
  - *6.1. Simples*
  - *6.2. Qualificadas*
  - *6.3. Majorada (art. 234-A do CP)*
- *7. AÇÃO PENAL, PROCEDIMENTO e LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS*

Art. 228 – Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. MOMENTO CONSUMATIVO E TENTATIVA*
- *5. FORMAS*
  - *5.1. Simples*
  - *5.2. Qualificada*
  - *5.3. Majorada (art. 234-A do CP)*

6. DISTINÇÃO

Art. 229 – Casa de prostituição
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOs DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Qualificadas previstas no art. 232 c.c. o art. 223
6.3. Majorada (art. 234-A do CP)
7. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Art. 230 – Rufianismo
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. MOMENTO CONSUMATIVO E TENTATIVA
5. FORMAS
5.1. Simples
5.2. Qualificadas
5.3. Qualificadas previstas no art. 232 c.c. o art. 223
5.4. Majorada (art. 234-A do CP)
6. AÇÃO PENAL, PROCEDIMENTO e LEI DOS JUIZADOS

ESPECIAIS CRIMINAIS

Art. 231 – Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual
- *1. CONCEITO*
- *2. OBJETO JURÍDICO*
- *3. ELEMENTOs DO TIPO*
  - *3.1. Ação nuclear*
  - *3.2. Sujeito ativo*
  - *3.3. Sujeito passivo*
- *4. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*
- *6. FORMAS*
  - *6.1. Simples*
  - *6.2. Majoradas*
  - *6.3. Majorada (art. 234-A do CP)*
  - *6.4. Qualificadas previstas no art. 232 c.c. o art. 223*
- *7. COMPETÊNCIA, AÇÃO PENAL e PROCEDIMENTO*

Art. 231-A – Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual
- *1. CONCEITO e CONSIDERAÇÕES GERAIS*
- *2. OBJETO JURÍDICO*
- *3. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *3.1. Ação nuclear*
  - *3.2. Sujeito ativo*
  - *3.3. Sujeito passivo*
- *4. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*
- *6. FORMAS*
  - *6.1. Simples*
  - *6.2. Majoradas*

6.3. Majorada (art. 234-A do CP)
6.4. Qualificadas previstas no art. 232 c.c. o art. 223
7. COMPETÊNCIA e AÇÃO PENAL

Art. 232

CAPÍTULO VI – DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR

Art. 233 – Ato obsceno
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. MOMENTO CONSUMATIVO
5. FORMA
5.1. Simples

Art. 234 – Escrito ou objeto obsceno
1. OBJETO JURÍDICO
2. OBJETOS MATERIAIS
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. MOMENTO CONSUMATIVO E TENTATIVA
6. FORMAS

6.1. Simples
6.2. Figuras assemelhadas

CAPÍTULO VII – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 234-A – Aumento de pena

Art. 234-B – Segredo de justiça

TÍTULO IX – DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

Art. 286 – Incitação ao crime
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Culposa
7. DISTINÇÕES
8. AÇÃO PENAL

Art. 287 – Apologia de crime ou criminoso

1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Culposa
7. DISTINÇÕES
8. CONCURSO DE CRIMES
9. AÇÃO PENAL

Art. 288 – Quadrilha ou bando
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear – requisitos do crime
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Qualificada
7. O DELITO DE QUADRILHA OU BANDO DE ACORDO COM A LEI N. 8.072/90
7.1. Quadrilha ou bando pela Lei n. 8.072/90 e a associação criminosa da Lei n. 11.343/2006
7.2. Diminuição da pena

7.2.1. Traição benéfica
7.2.2. Incidência
7.2.3. Objeto da delação
7.2.4. Destinatário da delação
7.2.5. Eficácia da traição
7.2.6. Binômio
7.2.7. Redução da pena
7.2.8. Alcance da redução da pena
7.2.9. Conclusão
8. O DELITO DE QUADRILHA OU BANDO E A LEI DO CRIME ORGANIZADO (LEI N. 9.034/95)
9. CONCURSO
10. AÇÃO PENAL

TÍTULO X – DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

CAPÍTULO III – DA FALSIDADE DOCUMENTAL

Art. 297 – Falsificação de documento público
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ações nucleares
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
5. FORMAS
5.1. Dolosa simples
5.2. Causa de aumento de pena
5.3. Equiparação

5.4. Falsificação de documento público previdenciário
6. OBSERVAÇÕES

Art. 299 – Falsidade ideológica
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Dolosa simples
6.2. Causa de aumento (parágrafo único do art. 299)
7. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA
8. OBSERVAÇÕES

Art. 304 – Uso de documento falso
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Dolosa simples
6.2. Culposa
7. OBSERVAÇÃO

CAPÍTULO IV – DE OUTRAS FALSIDADES

Art. 307 – Falsa identidade
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO*
- *5. TENTATIVA*
- *6. FORMAS*
  - *6.1. Simples*
  - *6.2. Culposa*
- *7. SUBSIDIARIEDADE*
- *8. OBSERVAÇÕES*

TÍTULO XI – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO I – DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Aspectos gerais – funcionário público
- *1. NOÇÕES GERAIS*
- *2. ASPECTOS PROCESSUAIS*
- *3. FUNCIONÁRIO PÚBLICO*

3.1. Conceito
4. DISTINÇÃO ENTRE CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO
5. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (§ 2º)

Art. 312 – Peculato
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. OBJETO MATERIAL
4. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
4.1. Ações nucleares
4.2. Sujeito ativo
4.3. Sujeito passivo
5. ELEMENTO SUBJETIVO
6. CONSUMAÇÃO
7. TENTATIVA
8. FORMAS
8.1. Peculato-apropriação
8.2. Peculato-desvio
8.3. Peculato-furto
8.4. Peculato culposo
8.4.1. Extinção da punibilidade
8.4.2. Causa de diminuição de pena
8.4.3. Causa de aumento de pena
9. AÇÃO PENAL

Art. 313 – Peculato mediante erro de outrem
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo

3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Causa de aumento de pena

Art. 313-A – Inserção de dados falsos em sistema de informações
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. AÇÃO PENAL

Art. 313-B – Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Elemento normativo do tipo
3.3. Sujeito ativo
3.4. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS

6.1. Simples
6.2. Causa especial de aumento de pena
7. AÇÃO PENAL

Art. 314 – Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
5. CRIME SUBSIDIÁRIO
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Causa de aumento de pena
6.3. Culposa
7. AÇÃO PENAL

Art. 315 – Emprego irregular de verbas ou rendas públicas
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeitos passivos
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
5. ESTADO DE NECESSIDADE
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Causa de aumento de pena

7. AÇÃO PENAL

Art. 316 – Concussão
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear – objeto material
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Causa de aumento de pena
7. EXCESSO DE EXAÇÃO – § 1º DO ART. 316 DO CP
7.1. Conceito e objeto jurídico
7.2. Ação nuclear
7.3. Sujeito ativo
7.4. Sujeito passivo
7.5. Elemento subjetivo
7.6. Consumação e tentativa
8. EXCESSO DE EXAÇÃO – § 2º DO ART. 316 DO CP

Art. 317 – Corrupção passiva
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear – objeto material – elemento normativo
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO

5. CONSUMAÇÃO
6. TENTATIVA
7. DIFERENÇA ENTRE CONCUSSÃO, PREVARICAÇÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA
8. FORMAS
8.1. Simples
8.2. Causa de aumento de pena (CP, art. 327, § 2º)
8.3. Causa de aumento de pena (CP, art. 317, § 1º)
8.4. Privilegiada

Art. 318 – Facilitação de contrabando ou descaminho
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear – elemento normativo
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Causa de aumento de pena
7. COMPETÊNCIA
8. AÇÃO PENAL

Art. 319 – Prevaricação
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear – elemento normativo – objeto material
3.2. Sujeito ativo

3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. DISTINÇÕES ENTRE O DELITO DE PREVARICAÇÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA
6.1. Delito de prevaricação
6.2. Delito de prevaricação e corrupção privilegiada
7. FORMAS
7.1. Dolosa simples
7.2. Causa de aumento de pena

Art. 319-A
1. PREVISÃO LEGAL
2. COMENTÁRIOS

Art. 320 – Condescendência criminosa
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Causa de aumento de pena

Art. 321 – Advocacia administrativa
1. CONCEITO

2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Qualificada
6.3. Causa de aumento
6.4. Culposa
7. DISTINÇÕES

Art. 322 – Violência arbitrária
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. CONCURSO
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Causa de aumento de pena
8. VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA E A LEI N. 4.898/65

Art. 323 – Abandono de função
1. CONCEITO

2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Forma qualificada pelo prejuízo
6.3. Forma qualificada pelo lugar compreendido na faixa de fronteira
6.4. Causa de aumento de pena

Art. 324 – Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear – elemento normativo do tipo
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Causa de aumento de pena

Art. 325 – Violação de sigilo funcional
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO
2.1. Ação nuclear

2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO
5. TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Dolosa simples
6.2. Figuras equiparadas
6.3. Figura qualificada
6.4. Causa de aumento de pena
7. DISTINÇÕES

CAPÍTULO II – DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Art. 329 – Resistência
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Elemento normativo do tipo
3.3. Sujeito ativo
3.4. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. CONCURSO DE CRIMES
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Qualificada

Art. 330 – Desobediência
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Elemento normativo*
  - *2.3. Sujeito ativo*
  - *2.4. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*
- *5. CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE*

Art. 331 – Desacato
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*

Art. 333 – Corrupção ativa
- *1. CONCEITO*
- *2. OBJETO JURÍDICO*
- *3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME*
  - *3.1. Ação nuclear*
  - *3.2. Sujeito ativo*
  - *3.3. Sujeito passivo*
- *4. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *5. CONSUMAÇÃO*
- *6. TENTATIVA*
- *7. FORMAS*

7.1. Simples
7.2. Causa de aumento de pena
8. CONCURSO
9. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA – HIPÓTESES
10. CORRUPÇÃO ATIVA E CONCUSSÃO

Art. 337-A – Sonegação de contribuição previdenciária
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE
7. PERDÃO JUDICIAL OU APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA
8. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

CAPÍTULO III – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Art. 339 – Denunciação caluniosa
1. OBJETO JURÍDICO
2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
2.1. Ação nuclear
2.2. Sujeito ativo
2.3. Sujeito passivo
3. ELEMENTO SUBJETIVO
4. CONSUMAÇÃO

5. TENTATIVA
6. MOMENTO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Causa de aumento de pena
7.3. Causa de diminuição de pena
8. DISTINÇÃO ENTRE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E CALÚNIA
9. DISTINÇÃO ENTRE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E COMUNI-CAÇÃO FALSA DE INFRAÇÃO PENAL (ART. 340) E AUTOACUSAÇÃO FALSA (ART. 341)

Art. 340 – Comunicação falsa de crime ou de contravenção
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO
6. TENTATIVA
7. CONCURSO

Art. 341 – Autoacusação falsa
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo

3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO
6. TENTATIVA

Art. 342 – Falso testemunho ou falsa perícia
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO
6. TENTATIVA
7. FORMAS
7.1. Simples
7.2. Causa de aumento de pena
8. RETRATAÇÃO
9. AÇÃO PENAL
10. CONCURSO DE CRIMES
11. CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA, PERITO, TRADUTOR OU INTÉRPRETE (ART. 343 DO CP)

Art. 344 – Coação no curso do processo
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo

4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. CONCURSO DE CRIMES

Art. 345 – Exercício arbitrário das próprias razões
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO
6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
7. CONCURSO DE CRIMES
8. AÇÃO PENAL

Art. 348 – Favorecimento pessoal
1. CONCEITO
2. OBJETO JURÍDICO
3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME
3.1. Ação nuclear
3.2. Sujeito ativo
3.3. Sujeito passivo
4. ELEMENTO SUBJETIVO
5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA
6. FORMAS
6.1. Simples
6.2. Privilegiada
7. ESCUSA ABSOLUTÓRIA
8. DISTINÇÃO

Art. 349 – Favorecimento real
- *1. CONCEITO*
- *2. OBJETO JURÍDICO*
- *3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME*
  - *3.1. Ação nuclear*
  - *3.2. Sujeito ativo*
  - *3.3. Sujeito passivo*
- *4. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *5. CONSUMAÇÃO*
- *6. TENTATIVA*
- *7. DISTINÇÕES*
- *8. COMENTÁRIOS AO ART. 349-A*

CAPÍTULO IV – DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

Art. 359-A – Contratação de operação de crédito
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Elemento normativo do tipo*
  - *2.3. Sujeito ativo*
  - *2.4. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*
- *5. FORMAS*
  - *5.1. Simples*
  - *5.2. Equiparada*

Art. 359-B – Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Elemento normativo do tipo*
  - *2.3. Sujeito ativo*
  - *2.4. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*

Art. 359-C – Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*

Art. 359-D – Ordenação de despesa não autorizada
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*

Art. 359-E – Prestação de garantia graciosa
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*

Art. 359-F – Não cancelamento de restos a pagar
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear – elemento normativo do tipo*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*

Art. 359-G – Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*
- *5. DISTINÇÃO*

Art. 359-H – Oferta pública ou colocação de títulos no mercado
- *1. OBJETO JURÍDICO*
- *2. ELEMENTOS DO TIPO*
  - *2.1. Ação nuclear*
  - *2.2. Sujeito ativo*
  - *2.3. Sujeito passivo*
- *3. ELEMENTO SUBJETIVO*
- *4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA*

Referências

1 Os Títulos e Capítulos se referem ao Código Penal.

TÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

CAPÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A VIDA

Art. 121 – Homicídio

1. CONCEITO

Eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra.

2. OBJETO JURÍDICO

A Parte Especial do Código Penal é inaugurada com o delito de homicídio, que tem por objeto jurídico a vida humana extrauterina. O ataque à vida intrauterina é incriminado pelos tipos de aborto (arts. 124 a 126).

3. OBJETO MATERIAL

Objeto material do crime é a pessoa ou a coisa sobre as quais recai a conduta. É o objeto da ação. Não se deve confundi-lo com o objeto jurídico. O objeto material do homicídio é, assim, a pessoa sobre a qual recai a ação ou a omissão. O objeto jurídico é o direito à vida.

4. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

4.1. Ação nuclear

O delito de homicídio tem por ação nuclear o verbo “matar”, que significa destruir ou eliminar, no caso, pessoa, utilizando qualquer meio de execução.

Trata-se de crime de ação livre, pois o tipo não descreve nenhuma forma específica de atuação que deva ser observada pelo agente. Desse modo, o agente pode lançar mão de todos os meios, não só materiais, para realizar o núcleo da figura típica. Pode-se matar:

a) Por meios físicos ou materiais (mecânicos, químicos ou patogênicos): entre os meios mecânicos incluem-se os instrumentos contundentes, perfurantes e cortantes; entre os meios químicos incluem-se as substâncias corrosivas (como o ácido sulfúrico), que são geralmente utilizadas para causar o envenenamento do indivíduo; finalmente, entre os meios patogênicos incluem-se os vírus letais (como o da AIDS).

b) Por meios morais ou psíquicos: o agente se serve do medo ou da emoção súbita para alcançar seu objetivo.

c) Por meio de palavras: por exemplo, dizer a um cego para avançar em direção a um despenhadeiro (Soler apud NORONHA, 1994, v. 2, p. 16).

d) Por meio direto: o agente ataca o corpo da vítima, por exemplo, desferindo-lhe facadas.

e) Por meio indireto: quando se lança mão de meio que propicie a morte por fator relativamente independente do criminoso ou de seu contato direto com a vítima, como atraí-la para lugar onde fique exposta a descarga de forte corrente elétrica ou uma fera a ataque.

f) Por ação ou omissão: ação é o comportamento positivo, a movimentação corpórea, o *facere*. Exemplos: empurrar a vítima para um precipício, desferir tiros com arma de fogo ou facadas etc. A omissão penalmente relevante é a constituída de dois elementos: o *non facere* (não fazer) e o *quod debetur* (aquilo que tinha o dever jurídico de fazer). Não basta, portanto, o "não fazer", sendo necessário, no caso concreto, haver uma norma a qual determine o que deveria ser feito. Essa é a chamada teoria normativa, adotada pelo Código Penal. O art. 13, § 2º, prevê as três hipóteses em que está presente o dever jurídico de agir. Ausente este, o agente não comete crime algum.

4.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, pois se trata de crime comum. A lei não exige nenhum requisito especial; não se trata de crime próprio, que requer legitimidade ativa especial, nem mesmo reclama pluralidade de agentes (não é crime plurissubjetivo). Com a inovação legislativa trazida pela Lei n. 8.930/94, porém, a qual alterou a redação do art. 1º da Lei n. 8.072/90, o homicídio será considerado crime hediondo quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que executado por um só agente. Se for cometido por intermédio de conduta omissiva, deve o sujeito ativo ter as condições pessoais que o façam juridicamente obrigado a impedir o resultado, nos termos do art. 13, § 2º, do CP.

4.3. Sujeito passivo

No caso do delito de homicídio, o sujeito passivo é qualquer pessoa com vida, é "o ser vivo, nascido de mulher" (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 36). Cuida-se aqui, entretanto, da proteção da vida humana extra- uterina; a destruição da vida humana intrauterina tipificará o delito de aborto. O delito de homicídio em sua capitulação legal não exige que a vítima detenha qualquer qualidade especial. Há exceções, contudo, atentar contra a vida do Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do STF configurará a hipótese do art. 29 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional); da mesma forma, matar vítima menor de 14 anos, se crime doloso, envolverá o agente na

causa especial de aumento de pena (de um terço), acrescida pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) na parte final do § 4º do art. 121 do CP; finalmente, matar com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso poderá caracterizar o crime de genocídio (Lei n. 2.889/56).

5. ELEMENTO SUBJETIVO

Em homicídio doloso, o elemento subjetivo é o dolo (*animus necandi* ou *occidendi*), consistente na vontade consciente e livre de matar. Pode ser:

a) Direto ou determinado: o agente quer realizar a conduta e produzir o resultado. Exemplo: o sujeito atira contra o corpo da vítima, desejando matá-la.

b) Indireto ou indeterminado: divide-se em dolo eventual e dolo alternativo. Na primeira espécie, o agente não quer diretamente o resultado, mas aceita a possibilidade de produzi-lo, como no caso do sujeito que faz disparos contra o seu adversário, prevendo e aceitando o fato de os projéteis alcançarem também quem está por trás; na segunda espécie, o agente não se importa em produzir este ou aquele resultado (quer ferir ou matar).

c) Geral ou erro sucessivo ou *aberratio causae*: o agente, após realizar a conduta, supondo ter produzido o resultado, pratica o que entende ser um exaurimento e nesse momento atinge a consumação. Por exemplo: “A” esfaqueia a vítima e pensa que a matou. Ao tentar ocultar o cadáver, jogando-o ao mar, vem efetivamente a matá-la por afogamento. Haverá tentativa de homicídio (pelas facadas) em concurso com homicídio culposo (foi praticar a ocultação de cadáver e acabou matando) ou homicídio doloso? Responderá por homicídio doloso, pelo dolo geral.

6. MOMENTO CONSUMATIVO

No crime material, a consumação ocorre com a produção do resultado naturalístico: morte. Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes. É instantâneo porque a consumação se opera em um dado momento e é de efeitos permanentes na medida em que, uma vez consumado, não há como fazer desaparecer os seus efeitos.

A *prova da materialidade* (exame de corpo de delito) é o meio de prova pelo qual é possível a constatação da materialidade do delito. O Código de Processo Penal prevê duas espécies de exame de corpo de delito, quais sejam:

a) Exame de corpo de delito direto: sua realização é imprescindível nas infrações penais que deixam vestígios. Realiza-se mediante inspeção e autópsia do cadáver, na busca da *causa mortis*, sendo tal exame devidamente

documentado por laudo necroscópico.

b) Exame de corpo de delito indireto: não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios (por exemplo: cadáver), a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta (art. 167 do CPP). Desse modo, com base na palavra das testemunhas e na análise de documentos demonstrativos da realidade tanatológica (exame indireto), é possível constatar o resultado naturalístico.

7. TENTATIVA

Tratando-se de crime material, o homicídio admite tentativa, que ocorrerá com o início do ataque ao bem jurídico "vida humana", cuja produção do evento morte não sobrevenha por circunstâncias alheias à vontade do agente. Na realidade, tanto na consumação quanto na tentativa o dolo é o mesmo, vontade de eliminar a vida humana, e o que difere uma e outra é a efetiva produção do resultado naturalístico. Há três espécies distintas:

a) Tentativa imperfeita (ou propriamente dita): trata-se de hipótese em que o processo executivo foi interrompido no meio, sem o agente poder esgotar suas potencialidades de hostilização. Exemplo: após desferir um tiro no braço da vítima, o agente é surpreendido por terceiro, o qual retira a arma de suas mãos, impedindo que desfira o restante das balas contra aquela e, assim, realize o intento homicida.

b) Tentativa perfeita ou acabada (também denominada crime falho): assim será considerada quando o agente esgotar o processo de execução do crime, fazendo tudo o que podia para matar, exaurindo a sua capacidade de vulneração da vítima, a qual, não obstante, vem a ser salva. Exemplo: após o agente desferir contra a vítima todas as balas que estavam no revólver, ela sobrevive. A dosagem da diminuição da pena pela tentativa levará em consideração a distância que, no final, separou o agente da consumação pretendida.

c) Tentativa branca (ou incruenta): é aquela da qual não resulta qualquer ferimento na vítima. Ocorre, por exemplo, na hipótese em que o agente desfere vários tiros contra a vítima, mas, por erro de pontaria ou por ausência de conhecimento no manuseio da arma, atinge a parede da casa. É a chamada tentativa branca de homicídio.

Observação: finalmente, repele-se a tentativa no crime culposo, na medida em que a vontade do agente não está dirigida para a produção do evento criminoso, nem mesmo o agente assume o risco de produzi-lo.

8. CRIME IMPOSSÍVEL

a) Absoluta impropriedade do objeto: atirar em pessoa já morta, por exemplo; o fato é atípico.

b) Absoluta impropriedade do meio empregado: atirar com arma desmuniciada, por exemplo, hipótese em que o bem jurídico "vida" não sofreu qualquer perigo de dano, sendo o fato, portanto, atípico.

Desde que haja a relativa ineficácia do meio ou relativa impropriedade do objeto, a tentativa será punível.

9. FORMAS

O CP distingue várias modalidades de homicídio: homicídio simples (art. 121, *caput*), homicídio privilegiado (§ 1º), homicídio qualificado (§ 2º) e homicídio culposo (§ 3º).

9.1. Homicídio simples

É a figura prevista no *caput* do art. 121 do CP. O homicídio simples constitui o tipo básico fundamental. Ele contém os componentes essenciais do crime.

9.1.1. *Homicídio simples e a Lei dos Crimes Hediondos*

A partir da redação do art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90, determinada pela Lei n. 8.930, de 6 de setembro de 1994, o delito de homicídio simples (tentado ou consumado), quando cometido em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que por um só executor, passou a ser considerado crime hediondo. Não confundir com quadrilha ou bando, pois a lei não requer número mínimo de integrantes para considerar hediondo o homicídio simples.

9.2. Homicídio privilegiado

9.2.1. *Natureza jurídica*

O homicídio privilegiado está previsto no art. 121, § 1º, do CP e dá direito a uma redução de pena variável entre um sexto e um terço. Trata-se de verdadeira causa especial de diminuição de pena, que incide na terceira fase da sua aplicação (veja art. 68, *caput*, do CP). Na realidade, o homicídio privilegiado não deixa de ser o homicídio previsto no tipo básico (*caput*); em virtude da presença de determinadas circunstâncias subjetivas, contudo, as quais conduzem a uma menor reprovação social da conduta homicida, o legislador prevê uma causa especial de atenuação da pena.

A redução da pena é obrigação ou faculdade do Juiz, tendo em vista a lei afirmar que o Juiz "pode" reduzir a pena? Há divergência doutrinária e jurisprudencial. Vejamos as posições:

a) A redução é obrigatória, pois se trata de um direito do réu. Desse entendimento compartilha Damásio de Jesus (2000a, p. 387). Esse é o posicionamento que prevaleceu com o advento da Lei n. 11.689/2008, que passou a dispor, no art. 492, I, *c*, que o juiz presidente, no caso de condenação, imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri. Dessa forma, uma vez reconhecido o privilégio pelo Conselho de Sentença, o juiz presidente estará obrigado a reduzir a pena.

b) A redução é facultativa. Compartilham desse entendimento: Frederico Marques, Heleno Fragoso – declarando que "há dúvida", aponta jurisprudência nesse sentido –, Julio Fabbrini Mirabete e Magalhães Noronha (DELMANTO et al., 2000, p. 231).

9.2.2. *Hipóteses de homicídio*

a) Motivo de relevante valor social: como o próprio nome diz, é aquele que corresponde ao interesse coletivo (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 125). Por exemplo: o agente, por amor à pátria, elimina um traidor.

b) Motivo de relevante valor moral: é aquele que merece o apoio da moralidade média (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 126). Corresponde a um interesse individual. É o caso da eutanásia, no qual o agente, por compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima, antecipa a sua morte. Eutanásia (ou homicídio piedoso) significa boa morte; é o antônimo de distanásia (morte dolorosa). É o homicídio praticado a pedido ou com o consentimento da vítima, que padece de enfermidade incurável ou penosa, tendo o fim de lhe abreviar a agonia dolorosa ou prolongada (NORONHA, 1994, v. 2, p. 19).

Observação: os motivos de relevante valor moral ou social configuram circunstâncias legais especiais dos delitos de homicídio e lesão corporal; tais motivos, contudo, também constituem circunstância atenuante prevista no art. 65, III, *a*, do CP. Em se tratando, no entanto, dos delitos mencionados, tais motivos funcionarão somente como circunstância especial de redução da pena.

c) Domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima: a emoção funcionará como circunstância privilegiadora no homicídio doloso sempre que presentes os seguintes requisitos:

- Violenta emoção: refere-se à intensidade da emoção. É aquela que se apresenta intensa, é o verdadeiro choque emocional. Somente a emoção violenta autoriza o privilégio, de modo que se o agente, diante de uma injusta provocação, reage a sangue-frio, não a caracterizará. Nesse sentido, TJSP, *RT* 620/280.

- Provocação injusta do ofendido: a própria vítima, injustamente, provoca a reação violenta do agente. Provocação injusta é aquela sem motivo razoável ou mesmo antijurídica. São hipóteses de provocações injustas colhidas na jurisprudência: agressão em momento anterior ao homicídio (*RT* 394/82); injúria real (*RF* 163/310); sedução e corrupção da filha (*RJTJSP* 28/384); xingar o agente de "f. d. p." (*RT* 568/270; TJSP, ACrim n. 248.970, 1ª Câm., rel. Des. Oliveira Passos, *RT* 761/581); xingar a mãe do agente de "p." (TJSP, *RT* 568/270; TJSP, ACrim n. 248.970, 1ª Câm., rel. Des. Oliveira Passos, *RT* 761/581) (JESUS, 2000a, p. 389).
- Reação imediata: o texto legal exige que o impulso emocional e o ato resultante dele sigam-se imediatamente à provocação da vítima, ou seja, deve haver a imediatidade entre a provocação injusta e a conduta do sujeito (*RT* 519/362, 622/268).

Para a incidência do privilégio, exige a lei que o agente esteja sob o domínio de violenta emoção. Distingue-se da atenuante genérica "influência de violenta emoção" prevista no art. 65, III, *c*, *in fine*. Nessa última, o agente não está dominado pela emoção, mas apenas sob a influência da emoção, o que é um *minus* em relação ao requisito da circunstância privilegiadora. Para a incidência dessa atenuante tampouco há necessidade de se verificar o requisito temporal "logo em seguida" a injusta provocação da vítima. Haverá, assim, hipóteses em que a circunstância privilegiadora poderá ser afastada pela ausência de imediatidade entre a provocação e a reação ou pelo fato de o agente não estar sob o domínio de violenta emoção, quando então poderá incidir a circunstância atenuante, cujos requisitos são mais brandos.

9.2.3. *Homicídio privilegiado e homicídio passional*

Significa homicídio por amor. É a paixão amorosa que induz o agente a eliminar a vida da pessoa amada. O homicídio passional pode se revestir das características de crime privilegiado desde que se apresentem concretamente todas as condições do § 1º do art. 121 (*RT* 469/320). Desse modo, se o agente flagra a sua esposa com o amante e, dominado pela violenta emoção, desfere logo em seguida vários tiros contra eles, poderá responder pelo homicídio privilegiado; se, contudo, a emoção ou a paixão estiverem ligadas a alguma doença ou deficiência mental, esse fato poderá excluir a imputabilidade do agente.

9.2.4. *Homicídio privilegiado e a Lei dos Crimes Hediondos*

O homicídio privilegiado não é crime hediondo. O homicídio simples, sobre o

qual pode ser aplicado o privilégio, só é considerado hediondo quando cometido em atividade típica de grupo de extermínio, circunstância incompatível com as do art. 121, § 1º, do CP. Não é possível que alguém, logo em seguida a injusta provocação e sob o domínio de violenta emoção, pratique um homicídio em atividade típica de grupo de extermínio, cuja "frieza" e premeditação são imprescindíveis.

9.2.5. *Homicídio privilegiado e coexistência com circunstâncias qualificadoras*

Discute-se na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de coexistência das circunstâncias privilegiadoras e qualificadoras.

Há duas interpretações contrárias à sua coexistência. A primeira interpretação leva em conta a disposição topográfica da norma penal, a qual deixaria claro que o legislador não quis estender o privilégio ao homicídio qualificado, pois se assim o quisesse teria previsto a figura privilegiada após a qualificada. A figura privilegiada, segundo a técnica legislativa, seria aplicável, assim, somente ao homicídio na modalidade simples. É a posição adotada por Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 26). Há uma outra posição que argumenta a incompatibilidade da coexistência das circunstâncias privilegiadoras e qualificadoras, inclusive as de cunho objetivo (meio e modo de execução), por entender que a qualificadora sempre repele o privilégio e vice-versa, pois não se poderiam reconhecer ao mesmo tempo situações que amenizem e agravem (TJSP, *RT* 525/340, 672/305).

Levando-se, contudo, em consideração que a disposição topográfica é secundária, devendo a norma penal ser interpretada de maneira harmônica, de modo a se admitir que há coexistência do privilégio e da qualificadora e que as circunstâncias qualificadoras objetivas (meio e modo de execução) são compatíveis com o privilégio, que é sempre uma circunstância subjetiva, a jurisprudência tem aceitado a coexistência de circunstância subjetiva que configure o privilégio com circunstância objetiva (meio e modo de execução) a qual constitua a qualificadora. Nesse sentido já se posicionaram o STJ e o STF (STJ, 5ª T., REsp 68.037-0/SC, rel. Min. Edson Vidigal, v. u., *DJU* de 2-9-1996; 5ª T., REsp 164.834/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. em 2-2-1998, *DJU* de 29-3-1999, p. 202; *RT* 736/605. No mesmo sentido: STJ, *RT* 680/406; STF, HC 71.147-2/RS, *DJU* de 13-6-1997, p. 26692; 2ª T., HC 74.167, *DJU* de 11-10-1996, p. 38502). Mirabete (1999, p. 663-664) compartilha desse entendimento.

9.2.6. *Homicídio qualificado-privilegiado e a Lei dos Crimes Hediondos*

No caso do homicídio qualificado-privilegiado, decorrente do concurso entre privilégio e qualificadoras objetivas, ficaria a dúvida sobre o caráter hediondo da infração penal. São objetivas as qualificadoras dos incs. III (meios empregados) e IV (modo de execução) do § 2º do art. 121. Somente elas são compatíveis com as circunstâncias subjetivas do privilégio. Reconhecida a figura híbrida do homicídio qualificado-privilegiado, fica afastada a qualificação de hediondo do homicídio qualificado, pois, no concurso entre as circunstâncias objetivas (qualificadoras que convivem com o privilégio) e as subjetivas (privilegiadoras), essas últimas serão preponderantes, nos termos do art. 67 do CP, visto dizerem respeito aos motivos determinantes do crime.

9.3. Homicídio qualificado

9.3.1. *Natureza jurídica*

O homicídio qualificado está previsto no art. 121, § 2º, do CP. Trata-se de causa especial de majoração da pena. Certas circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do CP vieram incorporadas para constituir elementares do homicídio, nas suas formas qualificadas, para efeito de majoração da pena. Dizem respeito aos motivos determinantes do crime e aos meios e modos de execução, reveladores de maior periculosidade ou extraordinário grau de perversidade do agente, conforme a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal. Tentado ou consumado, o homicídio doloso qualificado é crime hediondo, nos termos do art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90, com a redação determinada pela Lei n. 8.930/94.

9.3.2. *Hipóteses previstas no art. 121, § 2o, I a V, do CP*

a) Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe (§ 2o, I)

Trata-se de qualificadoras subjetivas, pois dizem respeito aos motivos que levaram o agente à prática do crime. A lei relaciona o motivo torpe como qualificadora do homicídio. Torpe é o motivo moralmente reprovável, abjeto, desprezível, vil, que demonstra a depravação espiritual do sujeito e suscita aversão ou repugnância geral. O legislador cuidou de utilizar-se da interpretação analógica, pois há no texto legal uma fórmula exemplificativa – relacionou expressamente o homicídio cometido mediante “paga ou promessa de recompensa” como exemplo de motivo torpe – e uma fórmula genérica, ao fazer referência a “outro motivo torpe”. Qualquer outro motivo que se encaixe no conceito de motivo torpe será, assim, enquadrado nesse inciso como

qualificadora do homicídio.

O homicídio cometido mediante paga ou promessa de recompensa é também chamado de *homicídio mercenário*. Ambas se diferenciam, pois, na paga, o recebimento do dinheiro antecede a prática do homicídio, o que não se dá na promessa de recompensa. Nesta, não é necessária a efetiva entrega da recompensa antes do crime, bastando apenas a sua promessa. Embora haja decisão no sentido de que tanto o mandante quanto o mandado respondem pela forma qualificada do delito, pois, mesmo tendo a qualificadora caráter subjetivo, por ser elementar do tipo será estendida ao mandante (TJMG, *RT* 733/654), entendemos que, por se tratar a qualificadora de mera circunstância, e não de uma elementar, não há falar em comunicabilidade nesse inciso, dado possuir natureza subjetiva (motivo do crime é algo relacionado ao agente, não ao crime), à luz do que dispõe o art. 30 do CP. Pode-
-se cogitar qualquer outra espécie de paga ou promessa de recompensa que não seja em pecúnia, desde que tenha valor econômico. Desse entendimento compartilham Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 164) e Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 248). Para Damásio de Jesus (2000a, p. 392), no entanto, não é preciso que a paga ou a recompensa seja em dinheiro, podendo ser promessa de casamento, de emprego. Também se configura a qualificadora se o agente recebe apenas parte do pagamento.

No tocante a *outro motivo torpe*, conforme já visto, são assim consideradas aquelas motivações causadoras de repulsa geral. São motivações torpes, pela repugnância que causam à coletividade, por exemplo, o homicídio da esposa pelo fato de negar-se à reconciliação, matar a namorada ao saber que ela não era virgem, o homicídio decorrente da recusa em fazer sexo (nesse sentido, os seguintes julgados na ordem respectiva dos exemplos: *RJTJSP* 73/311; *RT* 374/66; *RJTJRS* 128/72), o assassinato de alguém para obter herança. A *vingança*, por sua vez, nem sempre constituirá motivo torpe, pois, apesar de ser um sentimento por si só reprovável, geralmente é a retribuição a um malefício causado anteriormente ao homicida ou a qualquer pessoa ligada a ele. Dessa feita, a vingança, dado o ato que a motivou, nem sempre causará repugnância geral, não constituindo motivo torpe. É o que vem sendo decidido pelos nossos Tribunais em reiterados julgados. Não contrasta com a moralidade média, ou seja, não causa repugnância social a conduta do filho que ceifa a vida do assassino de seu pai. Comete, na realidade, um crime merecedor de reprovação, mas que não pode ser considerado ignóbil, abjeto, repugnante. Nesse sentido: *JCAT* 60/240-241. No mesmo sentido: *JTJ* 163/137; TJSP, *RT* 511/340; *RJTJSP*

9/535, 12/352 (MIRABETE, 1999, p. 652). A vingança, dependendo do que a provocou, não poderá, assim, constituir motivo torpe (TJSP, *RT* 648/275, 606/306). O *ciúme*, por si só, também não vem sendo considerado motivo torpe pelos Tribunais (STJ, *RSTJ* 93/378). Entende-se que o ciúme se contrapõe ao motivo torpe na medida em que é gerado pelo amor (*RT* 504/325) e, ademais, tal sentimento influiria intensamente no controle emocional do agente e, assim, as ações às quais dá causa poderiam ser consideradas injustas, mas não comportariam a qualificação de fúteis ou torpes (*RT* 715/448-449). Observe-se que o motivo torpe não se confunde com o motivo fútil, que é causa insignificante, desproporcional para a prática da conduta delituosa.

b) Motivo fútil (§ 2o, II)

Trata-se de qualificadora subjetiva, pois diz respeito aos motivos que levaram o agente à prática do crime de homicídio. Motivo fútil é aquele insignificante, frívolo – em que há desproporção entre o crime praticado e sua causa moral – e incapaz de dar ao ato uma explicação razoável. É o motivo que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o cometimento do homicídio. Exemplos: simples incidente de trânsito, rompimento de namoro, pequenas discussões entre familiares, o fato de a vítima ter rido do homicida, o fato de a vítima ter "olhado feio". Nesse sentido, os seguintes julgados na respectiva ordem dos exemplos: *RT* 533/324, 395/119, 268/336; *RF* 207/344; STJ, 5ª T., REsp 179.855, rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 29-3-1999, p. 206 (JESUS, 2000a, p. 392). Há na jurisprudência alguns exemplos em que a futilidade da motivação poderá ou não estar presente. Assim é que a jurisprudência tem decidido no sentido de que a *discussão antes do evento criminoso* faz desaparecer o motivo fútil (TJSP, *RT* 436/350; no mesmo sentido: *RT* 561/405, 671/298, 602/387, 749/654, 749/725). No tocante à *embriaguez*, a jurisprudência diverge bastante quanto à compatibilidade entre esse estado e o motivo fútil. No que diz respeito ao *ciúme*, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que ele não caracteriza o motivo fútil por constituir fonte da paixão e forte motivo para cometimento de um crime, não constituindo antecedente psicológico desproporcional (*RT* 563/351, 671/298, 715/448; *RJTJSP* 93/353). Finalmente, discute-se se a *ausência de motivo* pode ser equiparada ao motivo fútil. Na realidade, todo crime tem uma motivação; nem todo crime, contudo, revela por meio de dados concretos esse elemento subjetivo resguardado na mente do agente (TJSP, *RT* 511/344). Celso Delmanto et al. compartilham do entendimento de que a ausência de motivos não pode equivaler à futilidade do motivo. No mesmo sentido: Damásio de Jesus e Heleno Fragoso.

c) Emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (§ 2o, III)

Trata-se de qualificadora objetiva, pois diz respeito aos modos de execução do crime de homicídio, os quais demonstram certa perversidade. Novamente temos aqui uma fórmula genérica (“ou outr meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”) logo após o emprego de um casuísmo (“emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura”). Os meios que qualificam o crime devem ter a mesma natureza do conteúdo da parte exemplificativa.

- Veneno: é o primeiro meio insidioso a que a lei se refere. *Venefício* é o homicídio praticado com o emprego de veneno. Não há uma conceituação exata do que seja substância venenosa, na medida em que certas substâncias, mesmo não sendo venenos, tendo em vista a sua inocuidade, são capazes de matar em virtude de certas condições da vítima, por exemplo: fazer com que um diabético ingira açúcar sem o seu conhecimento. Cumpre, assim, conceituar o termo veneno como qualquer substância que, introduzida no organismo, seja capaz de colocar em perigo a vida ou a saúde humana por meio de ação química, bioquímica ou mecânica. O veneno pode ser ministrado na vítima por diversas formas, desde que de maneira insidiosa ou dissimulada, pois o que exaspera a sanção aqui é a insciência da vítima. Exemplo: colocar raticida no prato de sopa da vítima. Observe-se que se, para a ministração da substância, houver utilização de violência a qual importe em grave sofrimento à vítima poderá existir a qualificadora do meio cruel e não do envenenamento.
- Fogo ou explosivo: trata-se aqui de meio cruel para a prática do homicídio. O fogo, conforme as circunstâncias, poderá caracterizar o meio cruel ou aquele de que resulte perigo comum, como jogar combustível e atear fogo ao corpo da vítima. Trata-se aqui apenas de meio cruel, não tendo resultado em qualquer perigo comum. Tal não ocorre na hipótese em que o agente joga combustível e ateia fogo a uma residência para matar seus moradores, uma vez que, por ser o combustível substância altamente inflamável, haverá perigo de incêndio das residências vizinhas, resultando, portanto, em perigo comum. Menciona o inciso o emprego de explosivo. Trata-se de substância que atua com detonação ou estrondo; é a matéria capaz de causar rebentação (NORONHA, 1994, v. 2, p. 23). O meio utilizado é a dinamite ou substâncias de efeitos análogos. Trata-se também de meio de que resulta perigo comum.
- Asfixia: consiste na supressão da função respiratória por meio de

estrangulamento, enforcamento, esganadura (TJSP, *RT* 461/345), afogamento, soterramento ou sufocação da vítima, causando a falta de oxigênio no sangue (anoxemia). Tais são as hipóteses de asfixia mecânica. A asfixia pode também ser tóxica, que é aquela produzida por gases asfixiantes como o gás carbônico, ou produzida por confinamento, a qual consiste na colocação da vítima em local fechado, sem que haja qualquer possibilidade de renovação do oxigênio. Observe-se que a asfixia, a partir da Lei n. 7.209/84, a qual alterou o Código Penal, deixou de ser prevista como circunstância agravante, permanecendo tão somente como circunstância qualificadora do homicídio.

- Tortura: é o suplício ou tormento que obriga a vítima a sofrer desnecessariamente antes da morte. É um meio cruel por excelência. O agente, na execução do delito, utiliza requintes de crueldade como forma de exacerbar o sofrimento da vítima, de fazê-la sentir mais intensa e demoradamente as dores. A tortura geralmente é física, por exemplo, mutilar a vítima (decepar os dedos, a mão, a orelha), vazar os olhos antes de matá-la, queimá-la aos poucos utilizando-se de ferro em brasa, mas também pode ser moral, desde que exacerbe o sofrimento da vítima, por exemplo, provocando sucessivos traumas morais em pessoa portadora de doença cardíaca.
- Homicídio e crime de tortura – concurso material: é possível a existência autônoma do crime de tortura (art. 1º da Lei n. 9.455/97) em concurso material com o crime de homicídio. Suponha-se que os torturadores empreguem violência ou grave ameaça para obter informação da vítima e, após conseguirem a informação a que visavam, provoquem sua morte com disparos de arma de fogo. Nesse caso, a tortura não foi a causa da morte e, assim, não se pode cogitar do crime de homicídio qualificado, pois, conforme mencionado, essa hipótese somente é possível quando a tortura é causa direta do óbito. Temos, portanto, um crime de tortura em concurso material com o delito de homicídio que pode ser qualificado.
- Tortura contra criança ou adolescente: antes do advento da Lei n. 9.455/97, havia um único tipo legal que previa o crime de tortura: o art. 233 do ECA (“submeter criança, menor ou adolescente a tortura”). Com a promulgação da Lei Federal n. 9.455/97, o referido artigo foi expressamente revogado (art. 4º), passando esse diploma legal a conceituar e a tipificar o crime de tortura. Atualmente, qualquer tortura praticada contra criança ou adolescente da qual resulte morte preterdolosa (o agente atua com dolo em relação à tortura e culpa em relação ao resultado agravador morte) será enquadrada no art. 1º,

§§ 3º, 2ª parte, e 4º, II, da Lei n. 9.455/97.

- Meio insidioso: é aquele dissimulado na sua eficiência maléfica. Existe no homicídio cometido por meio de estratagema, perfídia. O agente utiliza-se de mecanismos para a prática do crime sem que a vítima tenha qualquer conhecimento. O meio, aliás, frise-se, somente será insidioso quando a vítima não tiver qualquer conhecimento de seu emprego. É o que ocorre geralmente nos crimes cometidos por meio de armadilha, sabotagem de freio de veículo e envenenamento, que, conforme já visto, é o meio insidioso por excelência.
- Meio cruel: é o que causa sofrimento desnecessário à vítima ou revela uma brutalidade incomum, em contraste com o mais elementar sentimento de piedade humana. “O meio cruel, de que é tipo a tortura, é o preferido pelo sádico que se compraz mais com o sofrimento do que com a morte da vítima.” (NORONHA, 1994, v. 2, p. 24) São meios cruéis: o pisoteamento da vítima, o desferimento de pontapés, golpes de palmatória ou, conforme exemplo de Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 167), o impedimento de sono, a privação de alimento ou água, o esfolamento. Importante notar que a qualificadora do meio cruel não se configurará se o agente já estiver morto quando do seu emprego, pois ele deve ser o meio causador do óbito. Dessa forma, a reiteração de golpes constituirá meio cruel se eles se seguirem, atingindo pessoa ainda viva e, mais, fazendo com que ela sofra de modo brutal; se, por exemplo, o primeiro disparo atingiu em cheio a cabeça, e os demais vieram para atingir o cadáver, afastada estará a qualificadora em questão.
- Meio de que possa resultar perigo comum: trata-se, conforme visto, de fórmula genérica, sendo certo que os meios, mencionados genericamente, devem seguir a mesma linha do que consta na parte exemplificativa. Meio do qual pode resultar perigo comum é aquele que pode expor a risco um número indeterminado de pessoas, fazendo periclitar a incolumidade social. Se, no caso concreto, o agente, além de matar a vítima, arrisca a vida de um número indeterminado de pessoas, configurando algum crime de perigo comum (explosão, incêndio, desabamento, epidemia, desastre de meio de transporte coletivo), entende-se que poderá o agente responder em concurso formal pelos crimes de perigo comum e homicídio qualificado. Compartilham desse entendimento Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 167-168) e Damásio de Jesus (2000a, p. 121). É importante fazer a distinção entre o homicídio qualificado, cujo meio para a prática é um crime de perigo

comum, e o crime de perigo comum qualificado pelo evento morte (art. 258 do CP). A diferença reside no elemento subjetivo. Com efeito, no homicídio qualificado o agente quer ou assume o risco do resultado danoso, a morte da vítima, de modo que o meio empregado para alcançar esse resultado é um crime de perigo comum. Se o dolo, no entanto, não era de homicídio, mas de praticar o crime de perigo, e houve morte decorrente, haverá "qualificação" do delito perigoso (pelo resultado morte preterdolosa).

d) Traição, emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (§ 2o, IV)

Verifica-se aqui mais uma hipótese de interpretação analógica em que, logo após um casuísmo (traição, emboscada e dissimulação), há designação genérica, a qual deverá se pautar por aquele. Trata-se de qualificadora objetiva, pois diz respeito ao modo de execução do crime. Nesse inciso há recursos obstativos à defesa do sujeito passivo, que comprometem total ou parcialmente o seu potencial defensivo. Tais recursos devem revestir-se de características insidiosas. O modo insidioso empregado no cometimento do crime demonstra maior grau de criminalidade, na medida em que o agente esconde a sua ação e intenção de matar, atuando de maneira sorrateira, inesperada, surpreendendo a vítima que estava descuidada ou confiava nele, dificultando ou impedindo a sua defesa.

- Traição: na doutrina discute-se acerca do real conceito de traição. Para uns, é homicídio cometido mediante ataque súbito, sorrateiro, pegando a vítima desprevenida. Nesse sentido: Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 168). Para Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 24), a traição "deve ser informada antes pela quebra de fidelidade, ou confiança, depositada no sujeito ativo [...] do que pelo ataque brusco ou de inopino". Entendemos que a traição somente pode se configurar quando há a quebra de fidelidade e lealdade entre a vítima e o agente. Não basta tão somente o ataque brusco e inesperado, sendo, assim, necessária a existência de anterior vínculo subjetivo entre o agente e a vítima. Vale salientar que a insídia sempre deve estar presente no recurso empregado pelo agente e, dessa forma, não se configurará a traição se a vítima tiver conhecimento do propósito criminoso dele; certamente por essa razão a jurisprudência tem afastado a qualificadora em questão nos seguintes casos: vítima que é abatida pelas costas ao fugir de quem tentava agredi-la; vítima que percebe a arma escondida (veja os seguintes julgados na ordem respectiva dos exemplos relacionados: TJSP, *RT* 537/301; TJMG, *RT* 521/463). A jurisprudência tem entendido que, por outro lado, a traição está caracterizada nas hipóteses em que a vítima é

alvejada dormindo, é esganada durante o amplexo sexual ou é eliminada pelas costas quando conversa despreocupadamente (veja os seguintes julgados na ordem respectiva dos exemplos relacionados: TJSP, *RT* 467/336, 458/337; TJMG, *RT* 507/444), ou seja, somente quando há o ataque súbito, sorrateiro.

- Emboscada: é a tocaia. O sujeito ativo aguarda ocultamente a passagem ou chegada da vítima, que está desprevenida, com o fim de atacá-la. É inerente a esse recurso a premeditação.
- Dissimulação: o criminoso age com falsas mostras de amizade ou de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta e indefesa (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 169). A qualificadora pode ser material, quando há emprego de aparato ou disfarce para a prática do crime (por exemplo: o agente se disfarça de encanador e logra adentrar a residência da vítima para eliminá-la); pode também ser moral, quando o agente ilude a vítima, dando-lhe mostras falsas de amizade, de modo que consiga obter a confiança dela, propiciando com isso a facilidade para a concretização de sua intenção homicida.
- Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido: trata-se de fórmula genérica do dispositivo. O exegeta não pode ir além dos casos semelhantes aos que estão enumerados no corpo do inciso (traição, emboscada ou dissimulação). O recurso empregado pelo agente, assim como nos casos listados, deve igualmente se revestir de característica insidiosa, totalmente inesperada, impedindo ou dificultando a defesa do ofendido. Se era ou devia ser esperada, não se configura a qualificadora da traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Por exemplo: discussões anteriores. A *surpresa* na atual sistemática do Código Penal não é expressamente prevista como qualificadora, ao contrário do que previa o Código Penal de 1969, contudo é possível incluí-la na fórmula genérica em estudo; para tanto, é necessário que a conduta criminosa seja igualmente inesperada (TJRS, *RT* 591/330; no mesmo sentido: *RT* 643/279), impedindo ou dificultando a defesa do ofendido (TJRS, *RT* 587/380; no mesmo sentido: TJSP, *RT* 545/326, 654/285). Haverá a surpresa nas seguintes hipóteses: vítima atacada quando estava dormindo, gesto repentino, vítima atacada pelas costas (veja os seguintes julgados na ordem respectiva dos exemplos: *RT* 431/310, 438/376; *RJTJSP* 101/405). Indaga-se se a *superioridade em força física ou em armas* enquadrar-se-ia no termo genérico da qualificadora em estudo (outro recurso

que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido). A jurisprudência vem se posicionando da seguinte forma, a saber (veja os seguintes julgados na ordem respectiva dos posicionamentos relacionados: TJSP, *RJTJSP* 84/424; TJSC, *RT* 445/461; TJSP, *RT* 445/461, 534/333):

– Por si só não configura a qualificadora em questão, podendo tal circunstância constituir mera eventualidade no cometimento do crime.

– Se foi propositadamente procurada pelo agente para colocar a vítima em desvantagem, qualifica o crime.

– Tanto acidental quanto procurada, não configura a qualificadora em questão.

e) Assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (§ 2o, V)

Constituem qualificadoras subjetivas, na medida em que dizem respeito aos motivos determinantes do crime. Trata-se de motivações torpes. Torpe é o motivo moralmente reprovável, abjeto, desprezível, vil, que demonstra a depravação espiritual do sujeito e suscita a aversão ou repugnância geral. Em tese, essas qualificadoras deveriam ser enquadradas no inciso relativo ao motivo torpe, contudo preferiu o legislador enquadrá-las como conexão teleológica ou consequencial. Conexão é o liame objetivo ou subjetivo que liga dois ou mais crimes. Há três possibilidades de conexão:

- Conexão teleológica: ocorre quando o homicídio é cometido a fim de "assegurar a execução" de outro crime, como matar o marido para estuprar a mulher.
- Conexão consequencial: dá-se quando o homicídio é praticado com a finalidade de: 1º) "assegurar a ocultação do crime": o agente procura evitar o descobrimento do crime por ele cometido e, para tanto, elimina a prova testemunhal do fato criminoso (por exemplo: incendiário que mata a testemunha presencial do crime); 2º) "assegurar a impunidade do crime": nessa hipótese já se sabe que um crime foi cometido, contudo não se sabe quem o praticou, e o agente, temendo que alguém o delate ou sobre ele levante suspeitas, acaba por eliminar-lhe a vida (por exemplo: incendiário que mata a testemunha para ela não o denunciar como autor do delito); 3º) "assegurar a vantagem de outro crime": procura-se aqui garantir a fruição de vantagem, econômica ou não, advinda da prática de outro crime (por exemplo: eliminar a vida do coautor do delito de furto anteriormente praticado, a fim de se apoderar da vantagem econômica indevidamente

obtida).

- Conexão ocasional: é importante para o presente estudo definir a conexão ocasional, não obstante ela não configurar qualificadora do homicídio. A conexão ocasional ocorre quando o homicídio é cometido por ocasião da prática de outro delito. Exemplo: o sujeito está furtando e resolve matar a vítima por vingança. Nessa hipótese, responde pelo delito de furto em concurso material com o homicídio qualificado pela vingança. Na realidade, o indivíduo, com desígnios autônomos, realizou duas condutas: ele queria furtar o seu inimigo e, no momento em que realizava o furto, resolveu matá-lo por vingança. Responderá, então, pelo concurso material de crimes.

Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena decorrente da conexão.

9.3.3. *Circunstâncias qualificadoras*

a) Premeditação

Premeditar, segundo o *Novo Dicionário Aurélio*, significa resolver com antecipação e refletidamente. A premeditação não foi prevista como qualificadora, podendo, conforme o caso concreto, ser levada em consideração para agravar a pena, funcionando como circunstância judicial (art. 59 do CP).

b) Pluralidade

É impróprio falar-se em crime dupla ou triplamente qualificado. Basta uma única circunstância qualificadora para se deslocar a conduta do *caput* para o § 2º do art. 121. Resta saber, então, que função assumiriam as demais qualificadoras. Existem duas posições: 1ª) uma é considerada qualificadora e as demais, circunstâncias agravantes (*RT* 641/324; STF, 2ª T., HC 67.873, *DJU* de 4-5-1990, p. 3695-3696; *RJTJSP* 118/525); 2ª) uma circunstância é considerada qualificadora. Com base nela, fixa-se a pena de 12 a 30 anos. As demais são consideradas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, pois o art. 61 do CP é expresso ao afirmar que as circunstâncias não podem funcionar como agravantes quando forem, ao mesmo tempo, qualificadoras (STJ, RHC 7.176/MS, *DJU* de 6-4-1998, p. 168; *RJTJSC* 72/546). É a posição adotada por Damásio de Jesus (2000a, p. 237).

c) Comunicabilidade – concurso de pessoas

Dispõe o art. 30 do CP:

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

Circunstâncias, como é sabido, são dados acidentais que aderem ao crime,

tendo por função agravar ou abrandar a pena. As circunstâncias podem ser objetivas (meios e modo de execução do crime, tempo do crime, objeto material, lugar do crime, qualidades da vítima) ou subjetivas (motivos determinantes, condições ou qualidades pessoais do ofensor etc.). Disso resulta que as circunstâncias qualificadoras, as quais são dados acessórios agregados ao crime para agravar a pena, quando tiverem caráter subjetivo (motivos determinantes do crime, por exemplo, o motivo fútil: homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa), não se comunicam jamais ao partícipe. Se, no entanto, tiverem caráter objetivo (por exemplo, homicídio cometido mediante emboscada), haverá a comunicação se for do conhecimento do partícipe a presença da circunstância material, ou seja, se com relação a ela tiver agido com dolo ou culpa. Se o partícipe desconhecia a presença dessa circunstância, não poderá responder pela figura qualificada do homicídio.

9.4. Homicídio culposo

9.4.1. *Tipo penal aberto*

O crime de homicídio culposo é um tipo penal aberto em que se faz a indicação pura e simples da modalidade culposa, sem se fazer menção à conduta típica (embora ela exista) ou ao núcleo do tipo (veja art. 18, II, do CP). A culpa não está descrita nem especificada, mas apenas prevista genericamente no tipo, isso porque é impossível prever todos os modos em que a culpa pode se apresentar na produção do resultado morte.

9.4.2. *Modalidades de culpa*

O CP não define a culpa, mas o seu art. 18, II, nos traz as suas diversas modalidades, quais sejam: a imprudência, a negligência e a imperícia. O homicídio culposo deve ser analisado em combinação com esse dispositivo legal. Assim é que estaremos diante de um homicídio culposo sempre que o evento morte decorrer da quebra do dever de cuidado por parte do agente por meio de uma conduta imperita, negligente ou imprudente, cujas consequências, previsíveis, não foram previstas pelo agente ou, se foram, ele não assumiu o risco do resultado. Vejamos cada uma das modalidades.

a) Imprudência

Consiste na violação das regras de conduta ensinadas pela experiência. É o atuar sem precaução, precipitada e imponderadamente. Há sempre um comportamento positivo. É a chamada culpa *in faciendo*. Uma característica fundamental da imprudência é que nela a culpa se desenvolve paralelamente à

ação. Desse modo, enquanto o agente pratica a conduta comissiva, vai ocorrendo simultaneamente a imprudência. Exemplos: manejar arma carregada, trafegar na contramão, realizar ultrapassagem proibida com veículo automotor.

b) Negligência

É a culpa na sua forma omissiva. Implica, pois, a abstenção de um comportamento que era devido. O negligente deixa de tomar, antes de agir, as cautelas que deveria. Desse modo, ao contrário da imprudência, que ocorre durante a ação, a negligência dá-se sempre antes do início da conduta. Por exemplo, age de maneira negligente a mãe que não retira da mesa, ao redor da qual brincam crianças, veneno em dose letal, vindo uma delas a ingeri-lo e a falecer; do mesmo modo, age negligentemente quem deixa arma ao alcance de criança, que se mata, ou deixa substância tóxica ao seu alcance, morrendo a criança, posteriormente, de intoxicação.

c) Imperícia

Consiste na falta de conhecimento técnico ou habilitação para o exercício de arte ou profissão. É a prática de certa atividade, de modo omisso (negligente) ou insensato (imprudente), por alguém incapacitado a tanto, quer pela ausência de conhecimento, quer pela falta de prática: engenheiro que constrói um prédio cujo material é de baixa qualidade, o qual acaba por desabar e provocar a morte dos moradores. Observe-se que, se a imperícia advier de pessoa que não exerce arte ou profissão, haverá imprudência ou negligência. Exemplo: atirador de elite que mata a vítima, em vez de acertar o criminoso. Há aqui uma conduta imperita, pois demonstra falta de aptidão para o exercício de uma profissão. Já um curandeiro que tenta fazer uma operação espiritual, no lugar de chamar um médico, e mata a vítima é, na realidade, imprudente, pois aqui não está caracterizada a falta de aptidão para o exercício de uma profissão, uma vez que curandeirismo não pode ser assim considerado.

9.4.3. *Compensação de culpas, culpa exclusiva da vítima e concorrência de culpas*

Não há no Direito Penal compensação de culpas. A culpa do pedestre que atravessa a rua fora da faixa a ele destinada não elide, assim, a culpa do motorista que trafega na contramão. A culpa recíproca poderá, contudo, influenciar na fixação da pena, pois o art. 59 do CP menciona o “comportamento da vítima” como uma das circunstâncias a serem consideradas. A culpa exclusiva da vítima, entretanto, exclui a do agente, pois se ela foi exclusiva de um é porque não houve culpa alguma do outro; logo, se não houve culpa do agente, não se

pode falar em compensação. A concorrência de culpas ocorre quando dois ou mais agentes, em atuações independentes uma da outra, causam resultado lesivo por imprudência, negligência ou imperícia. Todos respondem pelo evento lesivo.

9.4.4. *Perdão judicial*

a) Conceito

O perdão judicial está previsto no art. 121, § 5º, do CP. Trata-se de causa de extinção da punibilidade aplicável à modalidade culposa do delito de homicídio. Ocorre nas hipóteses de homicídio culposo em que as consequências da infração atingem o agente de modo tão grave, que acaba por se tornar desnecessária a aplicação da pena.

b) Hipóteses de cabimento

O perdão judicial não deve ser jamais utilizado de maneira indiscriminada. Importante ressaltar que o perdão judicial alcança não apenas os crimes em que existam relações morais mas, também, todos os crimes ocorridos no contexto. Por exemplo: um sujeito atropela e mata o próprio filho e um estranho; o perdão judicial será concedido aos dois crimes, muito embora o autor do fato nem sequer conheça a outra vítima. Do contrário, o instituto não alcançaria sua finalidade. As consequências a que se refere o § 5º podem ser:

- Físicas: o agente também acaba sendo lesionado de modo grave (nesse sentido: *RT* 547/336, 712/442), por exemplo, teve as suas pernas amputadas, ficou tetraplégico, cego, teve o seu rosto desfigurado.
- Morais: dizem respeito à morte ou lesão de familiares do agente: o pai, a mãe, os filhos, a esposa, os irmãos (nesse sentido: *RT* 555/360, 692/309, 537/336), incluindo-se aqui a morte ou lesão da concubina do agente (nesse sentido: *RT* 641/344) ou, então, de pessoas de qualquer forma ligadas ao agente por afinidade: noiva, amigos íntimos (nesse sentido, respectivamente: *RT* 526/386, 600/368; em sentido contrário: *RT* 536/341).

c) Natureza jurídica da sentença concessiva

Discutiu-se muito acerca da natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial, chegando ao ponto de existirem seis posições sobre o tema antes da Reforma do Código Penal em 1984. A partir da Lei n. 7.209/84, que introduziu a nova Parte Geral do Código Penal, de todas aquelas, restam apenas duas posições:

1) É condenatória, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, afastando apenas o efeito principal da condenação, que é o cumprimento da pena imposta, e a reincidência, subsistindo os efeitos secundários, entre eles a

obrigação de reparar o dano e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados.

2) É declaratória. O Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula 18, contrariando a pacífica posição do STF, acabou por sufragar a tese de que a sentença concessiva do perdão judicial tem natureza declaratória, afastando todos os efeitos da condenação, principais e secundários. Assim, ela não gera reincidência, inscrição do nome do réu no rol dos culpados, obrigação de recolhimento de custas processuais, nem pode ser executada no juízo cível.

9.4.5. *Inovações introduzidas pelo Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503/97 (CAPEZ; GONÇALVES, 1998)*

a) Introdução

O Código de Trânsito Brasileiro trouxe importantes inovações legislativas, uma vez que passou a tipificar os crimes de homicídio e lesões corporais, na modalidade culposa, praticados na direção de veículo automotor. Trata-se, portanto, de tipo específico. Desse modo, sempre que tais delitos forem praticados nessas condições, afastada está a incidência dos tipos genéricos de homicídio e lesão corporal, previstos nos arts. 121 e 129 do CP, respectivamente. Observe-se igualmente que as causas especiais de aumento de pena previstas no CP (art. 121, § 4º), que antes tinham a sua aplicabilidade, via de regra, restrita aos delitos culposos de trânsito, não mais se aplicam a eles, sendo certo que o Código de Trânsito Brasileiro cuidou de relacionar outras causas especiais de aumento de pena. Vejamos agora os dispositivos da lei que tratam das novas modalidades de homicídio e lesão corporal:

- Homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor

  Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

  Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

- Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor

  Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

  Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

b) Âmbito de aplicação do Código de Trânsito Brasileiro

O Código de Trânsito Brasileiro dispensou tratamento mais gravoso a essa modalidade especial de homicídio e lesão culposa na direção de veículo automotor. Não basta, entretanto, que o fato ocorra no trânsito. Suponha-se que um pedestre desrespeite a sinalização e seja atropelado por um motociclista que estava conduzindo corretamente o seu veículo, e este venha ao solo, sofrendo lesões corporais. A imprudência foi do pedestre e ele deve ser responsabilizado

criminalmente. Por qual crime (comum ou do Código de Trânsito Brasileiro)? Ora, o pedestre não estava na direção de veículo automotor, sendo, assim, aplicável a legislação comum, não obstante o fato se ter passado no trânsito. Se, entretanto, o autor da imprudência fosse o motociclista, seria aplicável o Código de Trânsito Brasileiro. Conclui-se, portanto, que *as regras somente são cabíveis a quem esteja no comando dos mecanismos de controle e velocidade de um veículo automotor*. O conceito de veículo automotor (Código de Trânsito Brasileiro, Anexo I) é:

> 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 veículos 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).

Incluem-se nesse conceito os automóveis, caminhões, *vans*, motocicletas, motonetas, quadriciclos, ônibus, micro-ônibus, ônibus elétricos que não circulem em trilhos etc., assim como os caminhões-tratores, os tratores, as caminhonetes e utilitários. Por sua vez, não se incluem nessa categoria os ciclomotores, os veículos de propulsão humana (bicicletas, patinetes etc.) e os de tração animal (carroças, charretes). Observe-se que o CTB regula tão somente o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres (veja art. 1º). Apesar de o CTB, em seu art. 2º, excluir da definição de via terrestre as vias particulares (estacionamentos privados, pátios de postos de gasolina, vias internas de fazendas particulares), entende-se que devem ser aplicados os crimes de homicídio e lesão culposa desse Código, ainda que o fato não ocorra em via pública.

c) Tipo objetivo

O tipo penal continua sendo 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 pode decorrer do desrespeito às normas disciplinares contidas no próprio Código de Trânsito Brasileiro (como imprimir velocidade excessiva, dirigir embriagado, transitar na contramão etc.). Pode haver, no entanto, crime culposo ainda que o agente não desrespeite as regras disciplinares, pois pode agir com inobservância do cuidado necessário (a ultrapassagem, se feita em local permitido, não configura infração administrativa, mas, se for efetuada sem a necessária atenção, pode causar acidente e implicar crime culposo). A jurisprudência tem admitido o crime culposo nas seguintes hipóteses: velocidade inadequada para o local, embriaguez ao volante, falta de distância do veículo que segue à frente, ultrapassagem em local proibido ou sem as devidas cautelas, queda de

passageiro de coletivo com as portas abertas, derrapagem em pista escorregadia. Não se tem admitido, por outro lado, o crime culposo nas seguintes hipóteses de culpa exclusiva da vítima: atravessar pista de rodovia de alta velocidade de madrugada, sair correndo repentinamente da calçada ou por trás de outros carros etc.

d) Compensação de culpas

Como já foi dito, não há em matéria penal compensação de culpas. Nos delitos de trânsito, a desatenção ou a conduta leviana da vítima não exime, assim, a responsabilidade do agente se este, de sua parte, desatendeu ao dever de cuidado. Somente em caso de culpa única e exclusiva da vítima que se expôs de maneira imprevisível é que não haverá crime. Por sua vez, quando dois motoristas agem com imprudência, dando causa, cada qual, a lesões no outro, respondem ambos pelo crime. E, finalmente, quando a soma das condutas culposas de dois condutores provoca a morte de terceiro, existe a chamada culpa concorrente, em que ambos respondem pelo crime.

e) Perdão judicial

Não menciona a legislação a possibilidade de aplicação de perdão judicial, sendo certo que o art. 291, *caput*, cita apenas a possibilidade de aplicação subsidiária das regras gerais do Código Penal que, em princípio, não abrangem o perdão judicial. Na redação originária, no entanto, constava a possibilidade de sua aplicação, dispositivo que acabou sendo vetado (art. 300), sob o fundamento de que o Código Penal disciplina o tema de modo mais abrangente. As razões do veto, portanto, demonstram que o perdão judicial pode ser aplicado também aos delitos da lei especial.

f) Reparação do dano

Tem-se admitido a aplicação do instituto do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do CP, em relação ao homicídio culposo. Entende-se que nesse delito, por ser involuntária a violência, não fica afastada a possibilidade de incidência dessa causa de diminuição de pena. O melhor critério a ser utilizado para se apurar o *quantum* da redução é aquele que leva em conta a presteza da reparação do dano, ou seja, quanto mais rápida a conduta reparadora, maior a diminuição da pena. É a posição de Damásio de Jesus (2000a, p. 57). A reparação do dano antes do recebimento da denúncia, no crime de lesão culposa, implica renúncia ao direito de representação (art. 291, § 1º, do CTB, com a redação determinada pela Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, e art. 74 da Lei n. 9.099/95), o que não ocorre no crime de homicídio culposo. Ressalve-se que a

ação penal será pública incondicionada no crime de lesão corporal culposa se o agente estiver: "I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora)" (CTB, art. 291, § 1º, com a redação determinada pela Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008). É que em tais situações serão vedados os benefícios contidos nos arts. 74 (composição dos danos civis), 76 (transação penal) e 88 (representação) da Lei dos Juizados Especiais Criminais, de forma que a reparação do dano antes do recebimento da denúncia não implicará renúncia ao direito de representação. De outro lado, nos crimes culposos de homicídio e lesão corporal, se a reparação do dano ocorre após o recebimento da denúncia e antes da sentença de primeira instância, aplica-se a atenuante genérica do art. 65, III, *b*, do CP.

g) Concurso de crimes e absorção

A Lei n. 9.503/97 criou diversos crimes que se caracterizam por uma situação de perigo (dano potencial) e que ficarão absorvidos quando ocorrer o dano efetivo (lesões corporais ou homicídio culposo na direção de veículo automotor), por exemplo, participação em corrida não autorizada (racha) e outros.

h) Sanção penal

A lei prevê expressamente, nos arts. 302 e 303 do CTB, a aplicação conjunta da pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo com a pena privativa de liberdade. A suspensão pressupõe permissão ou habilitação já concedida, enquanto a proibição aplica-se àquele que ainda não obteve uma ou outra, conforme o caso. A penalidade tem duração de 2 meses a 5 anos (art. 293 do CTB). Por ser aplicada junto com a pena privativa de liberdade, a nova penalidade de interdição temporária de direitos não se inicia enquanto o sentenciado, por efeito de condenação penal, estiver recolhido a estabelecimento prisional (art. 293, § 2º, do CTB). Na verdade, a cominação cumulativa da pena restritiva de direitos com a privativa de liberdade é regra especial aplicável aos crimes do Código de Trânsito Brasileiro e que contraria a regra geral do art. 69, § 1º, do CP, a qual tolera o concurso somente no caso de a privativa de liberdade ser suspensa condicionalmente.

Ressalte-se que a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo, prevista no art. 47, III, do CP e que pode ser aplicada em substituição (art. 44 do

CP) pelo mesmo tempo de duração da pena privativa de liberdade imposta (art. 55 do CP) aos delitos culposos de trânsito (art. 57 do CP), não tem mais cabimento nos crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, para os quais foi cominada, abstratamente, a nova interdição temporária de direitos. Nada impede, no entanto, substituir-se a pena privativa de liberdade concretamente fixada por outra restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, e cumulá-la com a nova interdição de direitos.

i) Ação penal

No homicídio culposo a ação é pública incondicionada, e na lesão culposa, é pública condicionada à representação (arts. 88 da Lei n. 9.099/95 e 291, § 1º, do CTB, com a redação determinada pela Lei n. 11.705/2008). A ação penal será pública incondicionada, no caso do crime de lesão culposa, se o agente estiver em uma das situações descritas nos incisos I a III do § 1º do art. 291. Em tais hipóteses, como já visto, serão vedados os benefícios dos arts. 74, 76 e 78 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, e deverá ser instaurado inquérito policial, não cabendo mais o termo circunstanciado (CTB, art. 291, § 2º).

9.5. Causas especiais de aumento de pena

9.5.1. *Homicídio doloso contra menor de 14 anos ou maior de 60 anos*

Visando a maior repressão de condutas criminosas violadoras do direito à vida da criança e do adolescente, em consonância com o disposto na Constituição Federal, que prevê que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" (art. 227, § 4º, da CF), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) determinou a majoração da pena (agravamento de um terço – art. 121, § 4º, 2ª parte, do CP) nas hipóteses de homicídio doloso praticado contra vítima menor de 14 anos. Trata-se de causa especial de aumento de pena porque está prevista em uma determinada norma da Parte Especial do Código Penal. A sua natureza é objetiva, pois leva em consideração a idade da vítima. Trata-se de causa obrigatória de aumento de pena, devendo o Juiz agravá-la sempre que constatar que a vítima é menor de 14 anos. A pessoa completa 14 anos no primeiro minuto do dia do seu aniversário. Será menor de 14 anos, assim, até as 24 horas do dia anterior ao dia do seu aniversário. Essa causa de aumento de pena aplica-se aos homicídios dolosos, seja na sua forma simples, privilegiada ou qualificada. Observe-se que a incidência dessa causa especial de aumento de pena afasta a circunstância

agravante genérica prevista no art. 61, II, *h*, do CP (delito cometido contra criança), sob pena de se caracterizar *bis in idem*.

A Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), acrescentou uma nova causa especial de aumento de pena ao § 4º do art. 121, qual seja a pena do homicídio doloso ser aumentada de um terço se o crime for praticado contra pessoa maior de 60 anos.

9.5.2. *Homicídio culposo*

A pena do homicídio culposo é aumentada de um terço se o evento "resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício" ou quando "o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante". Ressalte-se que, a partir do advento do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997), o crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor passou a ser por ele tipificado. Disso resulta que as causas especiais de aumento de pena relativas ao homicídio culposo aqui comentadas (§ 4º) não mais se aplicam ao homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, uma vez que ele passou a integrar legislação específica. Desse modo, as disposições do § 4º restam aplicáveis a todas as outras formas de cometimento do homicídio culposo, que não o praticado na direção de veículo automotor. Vejamos cada uma delas.

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

A inobservância de regra técnica ocorre quando o sujeito tem conhecimento dela, pois é um profissional, mas a desconsidera. Não se confundem inobservância de regra técnica e imperícia. No caso do aumento de pena, o agente conhece a regra técnica, porém deixa de observá-la, enquanto na imperícia, que pressupõe inabilidade ou insuficiência profissional, ele não conhece, não domina conhecimento técnico.

b) O agente deixa de prestar imediato socorro à vítima

Significa abandonar a vítima à própria sorte. O agente, após dar causa ao evento ilícito de maneira culposa, se omite no socorro necessário a evitar que a vítima continue a correr perigo de vida. Tal agravamento de pena comumente incidia no crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, em que, após atropelar a vítima, o agente fugia, deixando a vítima à própria sorte, mas, diante do Código de Trânsito Brasileiro, essa disposição deixou de ser aplicável ao homicídio culposo praticado nessas condições. Em

que pese isso, há outras formas de o delito de homicídio culposo ser praticado, de modo a incidir essa causa de aumento de pena. Cite-se como exemplo o operário de uma obra em construção, em lugar ermo, que de maneira culposa deixa cair o andaime sobre o seu único colega que estava no local e se omite quanto a prestar imediato socorro à vítima, deixando-a à própria sorte, a qual vem a falecer algumas horas depois.

Importa notar que a omissão de socorro, como causa de aumento de pena, distingue-se daquela prevista no art. 135 do CP (Capítulo III, "Da Periclitação da Vida e da Saúde"). Para que haja a causa de aumento, a mesma pessoa que criou a situação é obrigada a prestá-lo. Na omissão de socorro (art. 135 do CP), a pessoa que está obrigada a prestar o socorro não se confunde com quem causou a situação de perigo.

Vejamos agora algumas questões discutidas no âmbito dos Tribunais:

- Absolvição do agente pelo homicídio culposo: no caso de absolvição do agente pelo homicídio culposo, os Tribunais, em sua maioria, orientam-se no sentido da inadmissibilidade da subsistência da omissão de socorro como delito autônomo (nesse sentido: *JTACrimSP* 60/282; *RT* 526/384, 565/366; em sentido contrário: TJSC, *JCAT* 68/411).
- Falecimento da vítima no momento do fato ou lesões sem necessidade de assistência e morte posterior: na hipótese em que a vítima falece no momento do fato também se tem afastado a incidência dessa causa de aumento de pena (nesse sentido: *JTACrimSP* 51/410, 70/386; *RT* 671/343; em sentido contrário: *JTACrimSP* 32/268), assim como se há lesões sem necessidade de assistência (nesse sentido: *JTACrimSP* 41/314).
- Vítima socorrida por terceiros: questiona-se se também no âmbito dos Tribunais deve ser afastado o agravamento da pena na hipótese em que a vítima foi socorrida por outras pessoas. Há duas posições: 1ª) não subsiste a causa de aumento de pena se a vítima foi socorrida por terceiros, na medida em que ela somente terá incidência quando não houver a possibilidade de a vítima ser socorrida por outras pessoas (nesse sentido: *JTACrimSP* 79/358, 98/208; *RT* 543/383, 554/412); 2ª) subsiste a majorante ainda que a vítima tenha sido socorrida por outras pessoas presentes no local (nesse sentido: *JTACrimSP* 82/336; *RT* 571/359).
- Agente que se lesiona e se retira do local dos fatos para buscar socorro: pode ocorrer de o causador da lesão culposa também ferir-se, de modo que, carecendo de socorro, não incide a majorante se ele se retirar do local para buscar tratamento para si próprio (nesse sentido: TACrimSP, *RT* 412/290;

JTACrimSP 10/167; em sentido contrário: *JTACrimSP* 41/306).

- Agente que se evade do local por temer represálias: é predominante a jurisprudência no sentido de não incidir o agravamento da pena em estudo quando o agente, por fundado receio de sofrer represálias dos populares que estejam no local dos fatos, abandona a vítima sem prestar-lhe socorro (nesse sentido: TACrimSP, *RT* 449/470, 584/378; *JTACrimSP* 13/262, 36/202, 66/301).
- Agente emocionalmente perturbado: há julgado no sentido de que, se o agente não tinha a mínima condição de prestar socorro à vítima por mostrar-se perturbado, atordoado, não há como reconhecer em seu desfavor a causa de aumento de pena do § 4º (nesse sentido: *JTACrimSP* 85/290).
- Agente embriagado: há decisão no sentido de que o nível de embriaguez em que o agente estava no momento dos fatos é incompatível com a causa de aumento de pena em questão (nesse sentido: *JTACrimSP* 92/415).

c) O agente não procura diminuir as consequências do seu ato

Trata-se de dispositivo redundante, pois a causa de aumento de pena anterior (omissão de socorro) já engloba essa hipótese. Quem omite socorro logicamente não diminui as consequências do seu ato. Por exemplo: não transportar a vítima para uma farmácia constitui omissão de socorro e, ao mesmo tempo, atitude de quem não procura diminuir as consequências do ato cometido.

d) O agente foge para evitar prisão em flagrante

Com essa medida, o legislador visa impedir que o agente deixe o local da infração, dificultando o trabalho da Justiça e buscando a impunidade. Conforme estudado anteriormente, essa causa especial de aumento de pena não mais se aplica ao homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, pois esse delito passou a ser regulado pelo Código de Trânsito Brasileiro. Não obstante isso, essa majorante resta aplicável a outras formas de homicídio culposo em que o agente foge posteriormente para evitar a prisão em flagrante. Por exemplo: caçador que atira em direção à floresta, acertando uma pessoa em vez de um lobo-guará, e posteriormente foge à ação dos guardas florestais que ali estão para evitar a prisão em flagrante.

É importante frisar que o § 4º do art. 121 contém causas especiais de aumento de pena que, por isso, incidem na terceira fase de aplicação da pena. Não se constituem qualificadoras, pois não alteram os limites abstratos da pena.

9.5.3. *Homicídio culposo e lesão culposa cometidos na direção de veículo automotor*

Antes de iniciarmos a análise, é importante lembrar que não poderá o Magistrado, ao reconhecer mais de uma das causas de aumento, aplicar duas elevações autônomas, uma vez que o art. 68, parágrafo único, do CP veda tal atitude. Por uma questão de equidade e justiça, entretanto, o reconhecimento de mais de uma delas deverá implicar uma exacerbação acima do mínimo legal de um terço.

De acordo com o parágrafo único do art. 302 do CTB, no homicídio culposo (e lesão culposa) cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

a) Não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação (inc. I): o CTB prevê o delito autônomo de direção de veículo na via pública sem permissão ou habilitação (art. 309). Se, contudo, o agente na direção de veículo automotor, sem permissão ou habilitação para tanto, dá causa a um homicídio culposo, responderá por esse delito agravado pela circunstância em estudo. Nessa hipótese, não poderá ser também reconhecido o crime autônomo de dirigir veículo na via pública sem permissão ou habilitação (art. 309 do CTB), porque ele já constitui majorante do homicídio.

b) Praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada (inc. II): o aumento será aplicado tanto se o agente estiver conduzindo o seu veículo pela via pública e perder o controle do automotor, subindo na calçada e atingindo a vítima, quanto se estiver saindo de uma garagem ou efetuando qualquer manobra e, em razão de sua desatenção, acabar por colher o pedestre.

c) Deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, à vítima do acidente (inc. III): essa hipótese somente é aplicável ao condutor de veículo que tenha agido de forma culposa, caso não tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia e deixe de prestar socorro à vítima, estará incurso no crime de omissão de socorro de trânsito (CTB, art. 304). O instituto igualmente não será aplicado se a vítima for, de imediato, socorrida por terceira pessoa.

O condutor de veículo envolvido em acidente que venha a prestar pronto e integral socorro à vítima, além de responder pelo delito na modalidade simples, não será preso em flagrante nem recolherá fiança, de acordo com o art. 301 do CTB. Ressalte-se que o crime de lesão corporal culposa de trânsito, em sua forma simples, passou a constituir infração de menor potencial ofensivo. Desse modo, o autor das lesões culposas que prestar socorro à vítima, não poderá ser preso em flagrante por mais esse motivo: trata-se de infração da qual se livra solto, nos termos do art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Cumpre

consignar que no caso em que o agente se encontre em uma das situações previstas no art. 291, § 1º, do CTB, serão vedados os benefícios dos arts. 74, 76 e 78 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, e deverá ser instaurado inquérito policial, não se admitindo o termo circunstanciado.

O Código passou a tipificar o crime de fuga do local do acidente (art. 305 do CTB), tendo por objetividade jurídica a tutela da administração da Justiça. O condutor que culposamente provoca lesões corporais na vítima e foge sem lhe prestar socorro, vindo aquela a morrer posteriormente, responderá, assim, pelo delito de homicídio com a pena aumentada em um terço em concurso material com o crime de fuga do local do acidente (art. 305 do CTB). Esse crime, como dissemos, tem por objetividade jurídica a tutela da administração da Justiça. Dessa forma, não se pode falar em absorção ou em *post factum* impunível, uma vez que os bens jurídicos são diversos. Ademais, se os crimes de homicídio ou de lesões corporais culposas absorvessem o delito de fuga, ele ficaria praticamente sem aplicação concreta.

d) No exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros (inc. IV): a lei não se refere apenas aos motoristas de ônibus ou táxi, mas também a qualquer motorista que atue no transporte de passageiros, como motoristas de lotações, bondes etc. O instituto não deixará de ser aplicado mesmo que o veículo de transporte de passageiros esteja vazio ou sendo conduzido até a empresa, após o término da jornada. Veja-se, ainda, que o aumento será aplicado mesmo que o resultado tenha alcançado pessoa que não estava no interior do veículo.

e) Estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos (inc. V): o inc. V do parágrafo único do art. 302, acrescentado pela Lei n. 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, foi suprimido pela nova Lei n. 11.705, de 19 de junho 2008. Previa o mencionado dispositivo legal uma causa especial de aumento de pena incidente sobre o crime de homicídio culposo (e lesão corporal culposa) na hipótese em que o agente estivesse sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.

10. CONCURSOS DE CRIMES

a) Homicídio doloso e o delito de “disparo de arma de fogo” (Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003): não há na espécie concurso de crimes, mas sim a absorção de um dos delitos em face do princípio da subsidiariedade.

b) Homicídio e ocultação de cadáver: não há continuidade delitiva entre ambos. O delito de homicídio tem por objeto jurídico o direito à vida, ao passo

que o delito de ocultação de cadáver tem por objeto o sentimento de respeito aos mortos. Na realidade, cuida-se aqui de delitos de espécies diferentes, o que afasta a continuidade delitiva. Poderá, no caso, estar caracterizado o concurso material de delitos.

c) Homicídio doloso e aborto: se o agente, sabendo da gravidez da gestante, elimina a sua vida, responde pelo concurso formal desses crimes; se o agente, contudo, deseja também que o feto seja abortado, responderá pelo concurso formal impróprio ou imperfeito, isto é, uma única conduta dolosa (o tiro que acertou a gestante e o feto) decorreu de desígnios autônomos (o agente queria os dois resultados – art. 70, 2ª parte, do CP).

d) Homicídio doloso e continuidade delitiva: em face da regra do art. 71, parágrafo único, do CP, é possível a continuidade delitiva no crime de homicídio.

e) Homicídio culposo e concurso formal: haverá concurso formal na hipótese em que, de uma única ação ou omissão culposa, resultem diversas mortes (por exemplo: o agente, ao conduzir o seu veículo automotor, atropela três pessoas, vindo elas a falecer). Trata-se aqui do concurso formal homogêneo. Com uma única ação, o agente deu causa à morte de diversas pessoas. A hipótese será de concurso formal heterogêneo se o agente, com uma única ação ou omissão, der causa a crimes diversos: o operário de uma obra em construção que, ao deixar cair o andaime sobre os seus colegas de trabalho, ocasiona a morte de um deles e lesão corporal nos demais.

f) Homicídio culposo e continuidade delitiva: para grande parte da doutrina, o Código Penal adotou de maneira clara a teoria puramente objetiva no crime continuado, ou seja, o *Codex* não exige para configuração da continuidade delitiva a unidade de desígnios, isto é, a vontade de praticar o crime em continuação, somente exigindo que as circunstâncias objetivas do crime sejam semelhantes. Ao se adotar esse posicionamento doutrinário, é possível admitir a continuidade delitiva nos crimes culposos e, portanto, no homicídio culposo, na medida em que a unidade de resolução não é requisito dessa modalidade de concurso de crimes.

11. AÇÃO PENAL

Tanto no homicídio culposo quanto no doloso, a ação penal é pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público tem a atribuição exclusiva para a sua propositura, independentemente de representação do ofendido.

Art. 122 – Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

1. CONCEITO

O suicídio é a deliberada destruição da própria vida. Suicida, segundo o Direito, é somente aquele que busca direta e voluntariamente a própria morte. Apesar de o suicídio não ser um ilícito penal, é um fato antijurídico, dado que a vida é um bem jurídico indisponível. O art. 146, § 3º, II, do CP prevê a possibilidade do exercício de coação contra quem tenta suicidar-se, justamente porque a ninguém é dado o direito de dispor da própria vida.

2. OBJETO JURÍDICO

O Direito Penal tutela o direito à vida e à sua preservação. A ninguém é dado o direito de ser cúmplice na morte de outrem, ainda que haja o consentimento deste, pois a vida é um bem indisponível.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

As ações nucleares consubstanciam-se nos verbos “induzir”, “instigar” e “auxiliar”. Trata-se de um tipo misto alternativo (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado). O agente, ainda que realize todas as condutas, responde por um só crime. A participação em suicídio pode ser moral, por meio de induzimento ou instigação, ou material, que é realizada por meio de auxílio. O delito em estudo é também classificado como crime de ação livre, pois o tipo não exige uma forma especial de execução do delito, podendo este ser praticado por qualquer meio, comissivo ou omissivo. Por exemplos: fornecer arma ou veneno para que a vítima se suicide; diretor de prisão que intencionalmente não evita que o condenado morra por greve de fome; pai que não impede a filha seduzida de acabar com a própria vida em virtude desse fato desonroso.

3.1.1. *Induzir*

Significa suscitar a ideia, sugerir o suicídio. Ocorre o induzimento quando a ideia de autodestruição é inserida na mente do suicida, que não havia desenvolvido o pensamento por si só. Por exemplo: indivíduo que perde o emprego e é sugestionado pelo seu colega a suicidar-se por ser a única forma de solucionar os seus problemas.

3.1.2. *Instigar*

Significa reforçar, estimular, encorajar um desejo já existente. Na instigação, o sujeito ativo potencializa a ideia de suicídio que existia na mente da vítima.

3.1.3. *Prestar auxílio*

Consiste na prestação de ajuda material, cujo caráter é meramente secundário. O auxílio pode ser concedido antes ou durante a prática do suicídio.

Destacamos a questão do auxílio por omissão: a possibilidade de prestar auxílio ao suicídio por meio de uma conduta omissiva é tema bastante controvertido na doutrina e jurisprudência. Sabemos que é possível prestar auxílio por meio de uma conduta comissiva, por exemplo, emprestar uma arma ao suicida; como fica, contudo, o enquadramento legal da conduta daquele que com a sua omissão contribui para o suicídio do agente?

a) Na doutrina há posicionamentos favoráveis à possibilidade do auxílio por omissão no suicídio. Magalhães Noronha compartilha desse entendimento, desde que estejam presentes o dever jurídico de obstar o resultado e o elemento subjetivo. Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 233) também adotam esse posicionamento, desde que exista o dever jurídico de impedir o resultado. No mesmo sentido: Mirabete (2001a, v. 2, p. 85).

b) Em contrapartida a essa linha doutrinária que aceita a figura do auxílio por omissão, temos alguns doutrinadores que repelem tal possibilidade argumentando que "prestar auxílio é sempre conduta comissiva". Adotam essa tese: José Frederico Marques (1997), Damásio de Jesus (2000a, p. 408) e Celso Delmanto et al. (2000, p. 245). Nesse sentido também se manifestou a jurisprudência (TJSP, *RT* 491/285, 444/327).

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa (crime comum) que tenha capacidade de induzir, instigar ou auxiliar alguém, de modo eficaz e consciente, a suicidar-se.

3.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, desde que possua capacidade de resistência e discernimento. Nos casos de ausência de capacidade de entendimento da vítima (louco, criança), o agente será considerado autor mediato do delito de homicídio, uma vez que a vítima, em face da ausência de capacidade penal, serviu como um mero instrumento para que o agente lograsse o seu propósito criminoso, qual seja eliminar a vida do inimputável, por exemplo: fornecer uma arma a um louco e determinar que ele atire contra si próprio. A vítima há de ser determinada, ainda que haja mais de uma. A instigação, a indução ou o auxílio de caráter geral que atinja(m) pessoa(s) incerta(s), por meio de livros, discos, espetáculos, não tipifica(m) a conduta de que se cuida.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do delito de participação em suicídio é somente o dolo, direto ou eventual, consistente na vontade livre e consciente de concorrer para que a vítima se suicide. Não há previsão legal da modalidade culposa do crime de participação em suicídio. Se alguém, por culpa, dá causa a que outrem se suicide, não responderá, assim, pelo crime em tela.

A questão dos maus-tratos sucessivos está solucionada na previsibilidade do suicídio da pessoa seviciada por parte do autor das sevícias. Se houver previsão por parte deste e, ainda assim, ele insistir nos maus-tratos, será responsabilizado penalmente pelo suicídio da pessoa seviciada a título de dolo eventual. Por exemplo: a vítima, repetidas vezes, afirma que não suporta mais ser humilhada e agredida daquele modo e avisa que vai se matar, e o agente, percebendo a seriedade da situação, persiste agindo do mesmo modo, avisando que não se importa, ou seja, para ele tanto faz se a vítima vai ou não se suicidar.

5. NEXO CAUSAL

Faz-se necessário que entre a ação dolosa do agente (participação moral ou material) e o suicídio haja nexo de causalidade. A participação há de se revelar efetiva, como causa do atentado levado a efeito pela própria vítima. Deve-se comprovar, assim, a contribuição causal da participação moral ou material no suicídio.

6. MOMENTO CONSUMATIVO

Estamos diante de um crime material que exige a produção do resultado morte ou lesões corporais de natureza grave para a sua consumação. Se houver lesão corporal leve ou a vítima não sofrer nenhuma lesão, o fato não é punível, é atípico.

6.1. Natureza jurídica da morte e das lesões corporais graves

Discute-se na doutrina se a morte ou a lesão corporal grave é condição de punibilidade da participação em suicídio ou elemento do delito. Vejamos as posições doutrinárias:

a) trata-se de condição de punibilidade da participação em suicídio. Nesse sentido: Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 235-236);

b) trata-se de elementar do delito. É o entendimento adotado por Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 35). No mesmo sentido: Damásio de Jesus (2000a, p. 409). Compartilhamos também desse posicionamento.

6.2. Lapso entre a instigação ou auxílio e o suicídio – prazo de prescrição

Não afasta a caracterização do crime de participação em suicídio tão só o fato de ter transcorrido lapso entre a instigação ou auxílio e o suicídio, sendo somente necessário estabelecer-se o nexo causal entre ambos. Desse modo, se o agente auxiliar a vítima fornecendo uma arma para que esta se suicide, vindo ela, contudo, a consumar o seu propósito seis meses depois, aquele será responsabilizado pelo delito do art. 122. O crime em questão somente se configurou no momento em que a vítima eliminou a própria vida, devendo o início do prazo prescricional ser contado a partir desse evento e não do fornecimento da arma à vítima.

7. TENTATIVA

É inadmissível, embora, em tese, fosse possível. De acordo com a previsão legal do Código Penal, se não houver, contudo, a ocorrência de morte ou lesão corporal de natureza grave, o fato é atípico. O legislador condicionou a imposição da pena à produção desses eventos. Desse modo, o ato de induzir, instigar ou prestar auxílio para que alguém se suicide, sem que efetivamente ocorram os eventos naturalísticos mencionados, não constitui crime. Por exemplo: “A” fornece a arma para que “B” se suicide. “B”, ao direcionar a arma contra si, é impedido por “C” de realizar o seu propósito suicida. “A” não responderá pelo delito de participação em suicídio na forma tentada, sendo o fato atípico.

Importante lembrar que não se confundem as figuras da *tentativa de suicídio* e a da *tentativa de participação em suicídio.* A primeira é perfeitamente admissível e ocorre na hipótese em que o agente é impedido por circunstâncias alheias de suicidar-se, e a tentativa, no caso, é relativa ao próprio suicídio; a segunda diz respeito à hipótese estudada, ou seja, à tentativa de participação no suicídio, a qual não é admitida em nosso CP. O fato é atípico se o agente auxilia de qualquer forma a vítima e o suicídio não vem a se consumar ou não advém lesão corporal de natureza grave.

8. FORMAS

8.1. Simples

É a figura descrita no *caput* do art. 122 do CP.

8.2. Qualificada

Ocorre quando estiverem presentes as causas de aumento de pena previstas no parágrafo único do art. 122. A pena será duplicada nos seguintes casos:

a) Motivo egoístico: é aquele que diz respeito a interesse próprio, a obtenção

de vantagem pessoal. O sujeito visa tirar proveito, de qualquer modo, do suicídio. Por exemplo: recebimento de herança.

b) Vítima menor: a nossa lei não indica qual a menoridade a que ela se refere. Funda-se essa agravante na menor capacidade de resistência moral da vítima à criação ou estímulo do propósito suicida por parte do agente. Segundo a corrente doutrinária adotada por Damásio de Jesus (2000a, p. 409), que é a mais aceita, a faixa etária a que visa a lei compreende o maior de 14 anos e o menor de 18 anos. Se a vítima tiver mais de 18 anos, aplica-se o *caput*.

c) Capacidade de resistência diminuída por qualquer causa: a agravante em estudo diz respeito à diminuição da capacidade de resistência por qualquer causa (embriaguez, idade avançada, enfermidade física ou mental etc.). Se algum desses fatores anular completamente a capacidade de resistência, pratica-se o delito de homicídio (hipóteses de vítima portadora de insanidade mental completa e criança menor de 14 anos).

9. PACTO DE MORTE

Ocorre quando duas pessoas resolvem se suicidar juntas, em razão de dificuldades que não conseguem superar. O caso mais comum é o da sala ou quarto com gás aberto, que apresenta as seguintes hipóteses e consequências:

a) Havendo um sobrevivente:

- quem abriu a torneira responde pelo crime de homicídio (art. 121 do CP), pois realizou o ato executório de matar;
- quem não abriu a torneira responde pelo crime previsto no art. 122 do CP.

b) Se os dois sobrevivem, havendo lesão corporal de natureza grave:

- quem abriu o gás responde por homicídio tentado (art. 121, *caput*, c.c. o art. 14, II, do CP);
- quem não abriu responde pelo crime do art. 122 do CP.

c) Se os dois sobrevivem e não há lesão corporal grave:

- quem abriu o gás responde por tentativa de homicídio (art. 121, *caput*, c.c. o art. 14, II, do CP);
- quem não abriu não responde por nada, pois se trata de fato atípico.

d) Se os dois sobrevivem e ambos abriram a torneira:

- respondem por homicídio tentado (art. 121, *caput*, c.c. o art. 14, II, do CP).

10. ROLETA-RUSSA E DUELO AMERICANO

Na roleta-russa há uma arma, com um só projétil, que deverá ser disparada sucessivamente pelos participantes, rolando o tambor cada um em sua vez. No

duelo americano, há duas armas e apenas uma delas está carregada. Em ambos os casos, os sobreviventes respondem por participação em suicídio.

Se houver fraude indutora de erro no procedimento da vítima (o agente leva a vítima a disparar arma contra sua cabeça por fazê-la supor descarregada), haverá homicídio, na exata medida em que não se terá pelo ofendido o propósito imanente ao ato suicida (a voluntária e consciente supressão da própria vida: a vítima, nesse caso, não quis se matar) (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 234, nota de rodapé).

11. SUICÍDIO NÃO CONSUMADO E *ABERRATIO ICTUS*

Conforme estudado, na *aberratio ictus* há um verdadeiro erro na execução do crime, ou seja, desvio no golpe. Se, por não saber manusear devidamente a arma de fogo, o agente, ao atirar contra si próprio, errar o alvo e atingir terceira pessoa, responderá, assim, pelo delito de homicídio culposo.

12. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

A ação é pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público tem atribuição exclusiva para sua propositura, independentemente de representação do ofendido.

Por se tratar de crime doloso contra a vida, o delito de auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio insere-se na competência do Tribunal do Júri, de modo que os processos de sua competência seguem o rito procedimental escalonado previsto nos arts. 406 a 497 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.689/2008, independentemente da pena prevista.

Art. 123 – Infanticídio

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Segundo o disposto no art. 123 do CP, podemos definir o infanticídio como a ocisão do ser nascente ou do neonato realizada pela própria mãe, que esteja sob a influência do estado puerperal.

Trata-se de uma espécie de homicídio doloso privilegiado, cujo *privilegium* é concedido em virtude da "influência do estado puerperal" que atinge a parturiente. É que o estado puerperal, por vezes, pode acarretar distúrbios psíquicos na genitora, diminuindo sua capacidade de entendimento ou autoinibição, levando-a a eliminar a vida do infante.

O privilégio constante dessa figura típica é um componente essencial, pois sem ele o delito será outro (homicídio, aborto). Assim é que o delito de infanticídio é composto pelos seguintes elementos: *matar + o próprio filho +*

durante o parto ou logo após + sob influência do estado puerperal. Excluído algum dos dados constantes nessa figura típica, ela deixará de existir, tornando-se outro crime (atipicidade relativa).

2. OBJETO JURÍDICO

A norma penal tutela o direito à vida humana extrauterina. Preocupa-se o Estado em preservar a vida do indivíduo desde o seu nascimento.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear da figura típica é o verbo "matar", assim como no delito de homicídio, que significa destruir a vida alheia. Nesse caso, a eliminação da vida do próprio filho pela mãe. A ação física, contudo, deve ocorrer durante ou logo após o parto, não obstante a superveniência da morte em período posterior.

3.2. Meios de execução

Trata-se de crime de forma livre, que pode ser praticado por qualquer meio comissivo (por exemplo: enforcamento, estrangulamento, afogamento, fratura craniana) ou por qualquer meio omissivo (por exemplo: deixar de amamentar a criança, abandonar recém-nascido em lugar ermo, a fim de que ele morra).

Uma questão: no abandono de recém-nascido, há configuração dos arts. 123 ou 134, § 2º, do CP?

Conforme vimos, uma conduta infanticida pode ser abandonar um recém-nascido em lugar ermo, sob condições que o farão perecer. Tal conduta não se confunde com a prevista no art. 134, § 2º, do CP (exposição ou abandono de recém-nascido). Nesse último, trata-se de crime de perigo, em que a agente quer tão somente abandonar, livrar-se do bebê, que é a personificação de sua desonra pessoal, mas, com isso, quer ou aceita apenas colocá-lo em situação perigosa para sua vida, sua saúde, um dolo que não chega a ser o de dano (vontade de, abandonando, matar). O resultado morte, que agrava a pena da agente, é de ter decorrido apenas culposamente, vale dizer, ser apenas previsível, mas jamais desejado, nem sequer aceito. Na hipótese em que a mãe abandona o bebê e, no entanto, o faz para, com isso, matá-lo ou, de outra parte, se anui ela na morte da criança em decorrência do abandono, haverá dolo (direto ou eventual) de dano e, portanto, crime de dano. Se a conduta se der "logo após o parto e sob a influência do estado puerperal", haverá o infanticídio e, na ausência de tais circunstâncias, homicídio.

3.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. Somente a mãe puérpera, ou seja, a genitora que esteja sob influência do estado puerperal, pode praticar o crime em tela. Nada impede, contudo, que terceira pessoa responda por esse delito na modalidade de concurso de pessoas, questão essa que estudaremos logo mais adiante.

3.4. Sujeito passivo

O art. 123 do CP faz expressa referência ao filho, "durante o parto ou logo após". Se o delito for cometido durante o parto, denomina-se "ser nascente"; se logo após, "recém-nascido ou neonato". Haverá o delito de infanticídio se for constatado que o feto nascente estava vivo. Não se cuida aqui de sua vitalidade, ou seja, da capacidade de viver fora do útero materno, pois tal indagação é indiferente. Basta que esteja vivo, que tenha apresentado o mínimo de atividade funcional.

Com base nesses dados, é possível afirmar que a morte do ser nascente pela mãe sem que se logre constatar que ele estava biologicamente vivo quando da prática do ato constituirá crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto (art. 17 do CP).

Se a mãe matar um adulto sob a influência do puerpério, responderá pelo delito de homicídio.

3.5. Cláusula temporal – "durante o parto ou logo após"

O delito em questão faz referência à cláusula temporal "durante o parto ou logo após". Exige a lei, assim, que o delito de infanticídio seja cometido nesse período, estando a mãe sob a influência do estado puerperal. É importante destacarmos que antes do início do parto a ação contra o fruto da concepção caracteriza o delito de aborto.

3.6. Elemento psicofisiológico – estado puerperal

O legislador pátrio adotou o critério psicofisiológico, pois o art. 123 faz menção ao *estado puerperal*. Trata-se o estado puerperal de perturbações de ordem física e psicológica que acometem as mulheres e são decorrentes do parto. Por vezes, a ação física acarreta transtornos de ordem mental na mulher, produzindo sentimentos de angústia, ódio, desespero, terminando por eliminar a vida de seu próprio filho. Em que período presume o CP que a genitora esteja sob influência do puerpério? Haverá, consoante disposição legal, o estado puerperal durante o parto ou logo após (veja o tópico anterior), contudo nem sempre o fenômeno do parto produz transtornos psíquicos na mulher, de modo

que não é uma regra a relação causal entre ambos.

3.7. Psicoses puerperais após o parto

Algumas vezes o parto provoca transtornos psíquicos patológicos que suprimem inteiramente a capacidade de entendimento e determinação da genitora. Nessa hipótese, em que o estado puerperal ocasionar doença mental na mãe, a infanticida ficará isenta de pena diante da aplicação da regra do art. 26, *caput*, do CP (inimputabilidade). Se, contudo, em decorrência desse estado, a mãe não perder inteiramente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, incidirá o parágrafo único do art. 26 do CP (há simples perturbação da saúde mental). Se, por fim, a mãe sofrer mera influência psíquica, que não se ajuste às hipóteses supramencionadas, responderá pelo infanticídio, sem atenuação.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

O crime pode ser praticado pelo agente a título de dolo direto ou eventual. Não há a modalidade culposa do crime de infanticídio, de modo que se a mãe agir culposamente, matando o filho, durante o parto ou logo após, sob influência do estado puerperal, em qual figura típica será enquadrada a sua conduta? Há duas posições na doutrina:

- O fato será penalmente atípico, é a posição adotada por Damásio de Jesus (2000a, p. 412).
- Responderá pelo delito de homicídio culposo, é a posição adotada por Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 266), Mirabete (1999, p. 684) e Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 47), tendo esse último citado o seguinte exemplo:

  > uma mulher já assaltada pelas dores do parto, porém não convicta de serem as da *délivrance*, dá repentinamente à luz (há casos registrados em ônibus, bondes e trens), vindo o neonato a fraturar o crânio e morrer, deverá ser imputada por homicídio culposo.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime material. A consumação acontece com a morte do neonato ou nascente. A ação física do delito deve ocorrer no período a que a lei se refere, “durante ou logo após o parto”, o que não sucede com a consumação, ou seja, a morte do recém-nascido ou neonato, que pode ocorrer tempos depois.

6. TENTATIVA

Por tratar-se de crime plurissubsistente, a tentativa é perfeitamente possível e ocorrerá na hipótese em que a genitora, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue eliminar a vida do ser nascente ou neonato. Por exemplo: a

genitora, ao tentar sufocar a criança com um travesseiro, tem a sua conduta impedida por terceiros.

7. CONCURSO DE PESSOAS

Conforme inicialmente estudado, o crime de infanticídio é composto pelos seguintes elementos: ser mãe (crime próprio) + matar + o próprio filho + durante o parto ou logo após + sob influência do estado puerperal.

É o crime em que a mãe mata o próprio filho, durante o parto ou logo após, sob influência do estado puerperal. Essa é a descrição contida no art. 123 do CP. Excluído algum dos dados constantes do infanticídio, a figura típica deixará de existir como tal, passando a ser outro crime (atipicidade relativa). Os componentes do tipo, inclusive o estado puerperal, são, portanto, elementares desse crime. Sendo elementares, em regra, comunicam-se ao coautor ou partícipe (art. 30 do CP), salvo se ele desconhecer a sua existência, evitando-se a responsabilidade objetiva.

Diferentes, porém, poderão ser as consequências, conforme o terceiro seja autor, coautor ou partícipe. Há três situações possíveis:

1) Mãe que mata o próprio filho, contando com o auxílio de terceiro: a mãe é autora de infanticídio e as elementares desse crime comunicam-se ao partícipe, que, assim, responde também por infanticídio. A "circunstância" de caráter pessoal (estado puerperal) comunica-se ao partícipe, justamente porque não é circunstância, mas elementar.

2) O terceiro mata o recém-nascido, contando com a participação da mãe: aquele comete o crime de homicídio, pois foi autor da conduta principal, inexistindo correspondência entre a sua ação e os elementos definidores do infanticídio. Opera-se a adequação típica imediata entre a sua conduta e a prevista no art. 121 do CP. O terceiro matou alguém, logo cometeu homicídio. A mãe foi sua partícipe, uma vez que não realizou o núcleo do tipo (não matou, apenas ajudou a matar), devendo responder por homicídio. Embora essa seja a solução apontada pela boa técnica jurídica e a prevista no art. 29, *caput*, do CP (todo aquele que concorre para um crime incide nas penas a ele cominadas), não pode, aqui, ser adotada, pois levaria ao seguinte contrassenso: se a mãe mata a criança, responde por infanticídio, mas, se apenas ajuda a matar, responde por homicídio. Não seria lógico. Nessa segunda hipótese, a mãe responde, portanto, por infanticídio.

3) Mãe e terceiro executam em coautoria a conduta principal, matando a vítima: a mãe será autora de infanticídio e o terceiro, por força da teoria unitária

ou monista, responderá pelo mesmo crime, nos expressos termos do art. 29, *caput*, do CP.

Durante muitos anos, uma corrente doutrinária defendida por Nélson Hungria e compartilhada por outros autores distinguiu as circunstâncias pessoais das personalíssimas, concluindo que, em relação a estas, não há comunicabilidade (antiga posição inaugurada por Nélson Hungria, tendo sido reformulada na obra *Comentários ao CP*, 5. ed., p. 266). Para essa corrente, o estado puerperal, apesar de elementar, não se comunica ao partícipe, o qual responderá por homicídio, evitando-se que se beneficie de um privilégio imerecido. Ocorre que, nessa edição de sua obra, o autor reformulou a sua posição, passando a sustentar que "em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio". Vejamos as duas posições na doutrina:

a) Não se admite o concurso de pessoas no infanticídio: segundo essa posição (Nélson Hungria, conforme visto, deixou de adotá-la), não se admite coautoria nem participação em infanticídio, em face das elementares personalíssimas do tipo legal, como o "estado puerperal". O princípio da reserva legal impede que se estenda o tipo a terceiros sem condições de realizar os seus elementos. Se houver a intervenção de um terceiro, ele responderá, assim, por homicídio em coautoria ou participação. É certo que as elementares, sejam objetivas, sejam subjetivas, sempre se comunicam, mas o estado puerperal, antes de ser elemento meramente pessoal (subjetivo), é considerado elementar personalíssima e, portanto, incomunicável.

b) Admite-se o concurso de pessoas no infanticídio: segundo essa posição, adotada por Damásio de Jesus (2000a, p. 511), Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 47-48) e Celso Delmanto et al. (2000, p. 247) (que também passou a ser adotada por Nélson Hungria), admite-se coautoria ou participação em infanticídio, uma vez que a lei não fala, em qualquer momento, em condições personalíssimas. Temos as condições de caráter pessoal (que se comunicam, quando elementares do crime – art. 30 do CP) e as de caráter não pessoal (objetivas), que, sejam elementares ou circunstanciais, podem sempre se comunicar. A condição de mãe e a influência do estado puerperal são elementares do tipo, razão pela qual se comunicam aos coautores ou partícipes.

8. QUESTÕES DIVERSAS

a) Agravantes: não incidem as agravantes previstas no art. 61, II, *e* e *h*, do CP (crime cometido contra descendente e contra criança), uma vez que integram a

descrição do delito de infanticídio. Caso incidissem, haveria *bis in idem*.

b) Concurso material: haverá concurso material com o delito de infanticídio se a genitora também ocultar o cadáver do infante (art. 211 do CP).

c) Infanticídio putativo: se a mãe, pensando ser seu filho, matar outra criança sob a influência do estado puerperal, haverá infanticídio putativo por erro de tipo, devendo a autora responder por infanticídio.

9. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

A ação é pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público tem a atribuição exclusiva para a sua propositura, independentemente de representação do ofendido.

Por se tratar de crime doloso contra a vida, o delito de infanticídio insere-se na competência do Tribunal do Júri, de modo que os processos de sua competência seguem o rito procedimental escalonado previsto nos arts. 406 a 497 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.689/2008, independentemente da pena prevista.

Arts. 124 a 128 – Aborto

1. CONCEITO

Considera-se aborto a interrupção provocada do processo de gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. É a eliminação da vida intrauterina.

2. OBJETO JURÍDICO

No autoaborto só há um bem jurídico tutelado, que é o direito à vida do feto. É, portanto, a preservação da vida humana intrauterina. No abortamento provocado por terceiro, além do direito à vida do produto da concepção, também é protegido o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

"Provocar" é o núcleo (verbo) do tipo penal em estudo. Provocar significa dar causa, originar, no caso, o aborto. A ação física deve ser realizada antes do parto, ou seja, deve visar ao ovo, embrião ou feto, pois, iniciado o parto, o crime passa a ser outro (homicídio ou infanticídio).

3.2. Meios de execução

Trata-se de crime de ação livre, podendo a provocação do aborto ser realizada

de diversas formas, seja por ação, seja por omissão.

3.2.1. *Ação*

a) Meios químicos: são substâncias não propriamente abortivas, mas que atuam por via de intoxicação, como arsênio, fósforo, mercúrio, quinina, estricnina, ópio etc.

b) Meios psíquicos: são a provocação de susto, terror, sugestão etc.

c) Meios físicos: são os mecânicos (por exemplo: curetagem), térmicos (por exemplo: aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre) e elétricos (por exemplo: emprego de corrente galvânica ou farádica).

3.2.2. *Omissão*

O delito também pode ser praticado por meio de conduta omissiva nas hipóteses em que o sujeito ativo tem a posição de garantidor. Por exemplo: respondem pela prática omissiva do delito o médico, a parteira ou a enfermeira que, apercebendo-se do iminente aborto espontâneo ou acidental, não tomam as medidas disponíveis para evitá-lo.

3.3. Sujeito ativo

a) Autoaborto ou aborto consentido (art. 124 do CP): somente a gestante pode ser autora desses crimes, são de mão própria.

b) Aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante (arts. 125 e 126 do CP): por se tratar de crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

3.4. Sujeito passivo

a) Autoaborto ou aborto consentido (art. 124 do CP): o feto é detentor, desde sua concepção, dos chamados “direitos civis do nascituro” (art. 2º do CC). Em uma primeira análise, tem-se a impressão de que a gestante também seria o sujeito passivo do delito em estudo; não se concebe, contudo, a possibilidade de alguém ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo de um crime.

b) Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante: os sujeitos passivos são a gestante e o feto. Trata-se de crime de dupla subjetividade passiva.

4. CONSUMAÇÃO E EXAME DE CORPO DE DELITO

Estamos diante de um crime material, pois o tipo penal descreve conduta e resultado (provocar aborto). É, também, delito instantâneo (a consumação ocorre em um dado momento e então “se esgota”). Consuma-se com a interrupção da

gravidez e consequente morte do feto. A ação física deve ser realizada contra a vida humana intrauterina, podendo a consumação do delito realizar-se após a expulsão do feto das entranhas maternas, ou seja, nada impede que, após o emprego de manobra abortiva, o feto seja expelido pela mãe ainda vivo, vindo, no entanto, a falecer posteriormente. Ressalte-se que a expulsão do feto é irrelevante para a consumação do crime, pois a Medicina aponta diversos casos em que o feto morto não é expelido, mantendo-se no organismo da gestante. Exige-se a prova de que o feto estava vivo quando do emprego dos meios ou manobras abortivas, do contrário poderá caracterizar-se como crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto (art. 17 do CP, tentativa inidônea). Não é necessário, contudo, comprovar a vitalidade do feto, ou seja, a capacidade de atingir a maturação; exige-se tão somente que esteja vivo e que não seja um produto patológico, como a gravidez extrauterina.

Por ser crime material, a comprovação de sua existência virá pelo exame de corpo de delito (direto, realizado à vista do material retirado do útero do corpo da mulher), suprível, na impossibilidade, pela prova testemunhal (STF, *RTJ* 80/254) ou documental (exame de corpo de delito indireto), mas não só pela palavra da gestante (para melhor compreensão do tema, consulte o tópico relativo ao crime de homicídio).

5. NEXO CAUSAL

A morte do feto em decorrência da interrupção da gravidez deve ser resultado direto do emprego dos meios ou manobras abortivas. Se há o emprego de determinada manobra abortiva idônea a provocar a morte do feto e este vem a perecer em decorrência de outra causa independente, responderá o agente pela forma tentada do delito em estudo. Por exemplo: gestante que, logo após a ministração de substância abortiva pelo médico, sofre uma queda, vindo o feto a morrer em decorrência desta, e não do emprego do meio abortivo. A gestante e o médico responderão pela forma tentada do crime de aborto. Da mesma forma, se do emprego dos meios abortivos o feto ainda nascer vivo, vindo, contudo, a falecer em decorrência de inanição, haverá no caso uma conduta homicida ou infanticida e não crime de aborto, pois a morte posterior não adveio do emprego dos meios abortivos.

6. TENTATIVA

Por tratar-se de crime material, é perfeitamente admissível a tentativa. Será possível na hipótese de a manobra ou meio abortivo empregado, apesar de sua idoneidade e eficiência, não desencadear a interrupção da gravidez, por

circunstâncias alheias à vontade do agente, ou, então, quando, apesar das manobras ou meios utilizados, por estar a gravidez em seu termo final, o feto nasce precocemente, mas mantém-se vivo.

7. ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo é o dolo, direto ou eventual. Na primeira hipótese, é a vontade livre e consciente de interromper a gravidez, causando a morte do produto da concepção. Na segunda hipótese, há apenas a assunção do risco do resultado. Não se admite a modalidade culposa. Se houver dolo na lesão corporal e culpa no abortamento (o agente sabia que se tratava de gestante e foi imprudente em relação ao feto), o crime será o do art. 129, § 2º, V, do CP. Na hipótese de o agente agressor desconhecer o estado de gravidez, não há que se falar em culpa quanto à morte intrauterina, tipificando-se apenas o delito de lesões corporais de natureza leve (art. 129, *caput*, do CP), pois não pode haver responsabilidade objetiva quanto ao resultado agravador (art. 19 do CP). Ocorrendo o contrário, ou seja, aborto querido e morte culposa, o sujeito responderá por: aborto qualificado (art. 127, 1ª parte, do CP), quando, além do aborto doloso, a vítima tiver sofrido, culposamente, lesões graves; aborto simples, se a vítima, culposamente, tiver sofrido lesões leves, as quais ficam absorvidas. Finalmente, se houver dolo quanto às lesões e quanto ao aborto, o autor responderá por ambos os crimes em concurso formal imperfeito (somam-se as penas).

8. CONCURSO DE CRIMES

8.1. Crimes de aborto e homicídio

Concurso formal. Se o agente que eliminar a vida da gestante for sabedor de seu estado ou estiver assumindo o risco da ocorrência do aborto, responderá pelos crimes de homicídio e aborto em concurso formal próprio. Haverá o concurso formal impróprio se o agente estiver dotado de desígnios autônomos, ou seja, se com uma só ação o agente quiser dois resultados (o homicídio e o aborto); as penas dos dois crimes, nesse caso, serão aplicadas cumulativamente. Na hipótese de concurso formal próprio, haverá tão somente a exasperação da pena.

8.2. Crimes de aborto e constrangimento

Concurso formal. Na hipótese em que há o emprego de ameaça ou violência como meio de execução da provocação do aborto, existem dois crimes em concurso formal: aborto sem o consentimento e constrangimento ilegal (art. 146

do CP). Por exemplo: marido que, mediante o emprego de força, ministra substância abortiva em sua esposa (JESUS, 2000a, p. 417).

8.3. Crime de aborto – sujeito passivo – gêmeos

Concurso formal ou crime único? A solução da questão dependerá do conhecimento do sujeito ativo sobre essa circunstância. Se o indivíduo sabe que são gêmeos, responderá pelo concurso formal homogêneo, ou seja, com uma ação deu causa a dois resultados idênticos. Se não tiver conhecimento dessa circunstância, responderá por crime único, uma vez que não existe, no aborto, previsão de modalidade culposa.

8.4. Crimes de aborto e comunicação falsa de crime

Concurso material. Na hipótese de aborto sentimental, humanitário ou ético, se a gestante fornece ao médico boletim de ocorrência contendo informação falsa acerca da ocorrência de crime de estupro, aquela responderá pelo crime de aborto (art. 124 do CP) em concurso com o delito de falsa comunicação de crime (art. 340 do CP). O médico, por sua vez, não responderá por crime algum, em face da descriminante putativa.

9. FORMAS

9.1. Aborto provocado pela própria gestante – aborto consentido (art. 124 do CP)

O autoaborto está previsto no art. 124, *caput*, 1ª figura: é o aborto praticado pela própria gestante. O aborto consentido está previsto na 2ª figura do artigo: consiste na autorização da gestante para que um terceiro nela pratique o aborto. Trata-se de crime de mão própria, pois somente a gestante pode realizá-lo, contudo isso não afasta a possibilidade de participação no crime em questão, conforme veremos mais adiante. Assim:

- Aborto provocado pela própria gestante (autoaborto): é a própria mulher quem executa a ação material do crime, ou seja, ela emprega os meios ou manobras abortivas em si mesma. É importante notar que, por se tratar de crime de mão própria, é impossível ocorrer o concurso de pessoas na modalidade coautoria.
- Aborto consentido: a mulher apenas consente na prática abortiva, mas a execução material do crime é realizada por terceira pessoa. Pode haver o concurso de pessoas na modalidade de participação (por exemplo, quando alguém induz a gestante a consentir que terceiro lhe provoque o aborto). Jamais poderá haver a coautoria, uma vez que, por se tratar de crime de mão

própria, o ato permissivo é personalíssimo e só cabe à mulher. Por se tratar de crime de ação múltipla, a gestante que consentir que terceiro lhe provoque o aborto e logo depois auxiliar no emprego de manobras abortivas em si mesma responderá somente pelo crime do art. 124 do CP. Em tese, a gestante e o terceiro deveriam responder pelo delito do art. 124, pois a figura delitiva prevê o consentimento da gestante e a provocação do aborto por terceiro. O Código Penal prevê, contudo, uma modalidade especial de crime para aquele que provoca o aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do CP). Há, assim, a previsão separada de dois crimes: um para a gestante que consente na prática abortiva (art. 124 do CP) e outro para o terceiro que executou materialmente a ação provocadora do aborto (art. 126 do CP – aborto com o consentimento da gestante).

9.2. Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP)

O aborto sem o consentimento da gestante está previsto no art. 125, *caput*, do CP. Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena: reclusão de 3 a 10 anos). Ao contrário da figura típica do art. 126, não há o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiro. A ausência de consentimento, aliás, constitui elementar do tipo penal. Presente, contudo, o consentimento da gestante, o fato não será atípico, apenas será enquadrado em outro tipo penal (aborto com o consentimento da gestante – art. 126). Não é preciso que haja negativa expressa de consentimento pela gestante, basta o emprego de meios abortivos por terceiro sem o seu conhecimento (ministrar doses de substância abortiva na sopa da gestante).

9.2.1. *Hipóteses de dissentimento (art. 126, parágrafo único, do CP)*

O legislador, em determinados casos, considera inválido o consentimento da gestante, pelo fato de não ser livre e espontâneo, de modo que, ainda que aquele esteja presente, a conduta do agente será enquadrada no tipo penal do art. 125. Estaremos, assim, diante do crime do art. 125 e não do art. 126 nas seguintes hipóteses:

a) Dissentimento real: quando o sujeito emprega contra a gestante:

- Violência: é o emprego de força física. Por exemplo: homicídio de mulher grávida com conhecimento da gravidez pelo homicida (nesse sentido: *RT* 536/305).
- Fraude: é o emprego de ardil capaz de induzir a gestante em erro. Por exemplo: médico que, a pretexto de realizar exames de rotina na gestante,

faz manobras abortivas.

- Frave ameaça: é a promessa de um mal grave, inevitável ou irresistível. Por exemplo: marido desempregado que ameaça se matar se a mulher não abortar a criança, pai que ameaça expulsar a filha de casa se ela não abortar.

b) Dissentimento presumido: quando a vítima é menor de 14 anos, alienada ou débil mental.

9.2.2. *Erro de tipo*

Há possibilidade de erro por parte do terceiro quanto ao imaginado consentimento da vítima. Este, estando inserido na descrição típica, dará ensejo ao erro de tipo e ao deslocamento da subsunção penal para a norma do art. 126.

9.3. Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante (art. 126 do CP)

O aborto provocado com o consentimento da gestante está previsto no art. 126, *caput*. O fato, conforme visto, gera a incidência de duas figuras típicas, uma para a consenciente (art. 124, 2ª parte, do CP) e outra para o provocador (art. 126 do CP). É possível o concurso de pessoas, na hipótese em que há auxílio à conduta do terceiro que provoca o aborto (como a enfermeira que auxilia o médico em uma clínica de aborto).

Para que o fato, contudo, seja enquadrado no art. 126, é necessário que o consentimento seja válido, ou seja, que a gestante tenha capacidade para consentir. Ausente essa capacidade, o delito poderá ser outro (art. 125 do CP). Temos, assim, o seguinte quadro:

a) Consentimento válido: é necessário que a gestante tenha capacidade para consentir. A capacidade não é a do Direito Civil; leva-se em conta a vontade real da gestante, desde que seja juridicamente relevante. O terceiro que praticar manobras abortivas na gestante que consentiu validamente responderá, assim, pelo delito do art. 126 do CP (aborto com o consentimento da gestante).

b) Consentimento inválido: o consentimento não tem valor quando (parágrafo único do art. 126): a gestante não for maior de 14 anos; a gestante for alienada ou débil mental; o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Nessas hipóteses, o aborto praticado contra a gestante que emitiu o consentimento inválido caracterizará a figura típica do art. 125 do CP (aborto sem o consentimento da gestante). Damásio de Jesus (2000a, p. 418) vê na gestante “alienada ou débil mental” citada no parágrafo único do art. 126 uma pessoa que se insere no *caput* do art. 26, sendo, portanto, inimputável. Para o autor, o consentimento da gestante semi-imputável bastará para que o crime

permaneça no art. 126, não se aplicando ao terceiro as penas do crime sem consentimento.

O consentimento da gestante deve perdurar durante toda a execução do aborto, de modo que, se houver revogação por parte da gestante em momento prévio ou intermediário e, a despeito dela, prosseguir o terceiro na manobra, haverá, para este, o cometimento do delito mais grave (art. 125 do CP). A gestante, por sua vez, não responderá por delito algum.

10. FORMA QUALIFICADA (ART. 127 DO CP)

O art. 127 do CP prevê as formas qualificadas do crime de aborto, quais sejam:

- Ocorrendo lesão grave, a pena é aumentada em um terço.
- Ocorrendo morte, a pena é duplicada.

Impropriamente, as figuras do art. 127 recebem a rubrica de "forma qualificada", pois na realidade constituem causas especiais de aumento de pena, funcionando como majorantes na terceira fase de aplicação da pena, ao contrário das qualificadoras que fixam os limites mínimo e máximo da pena.

10.1. Abrangência

Esse artigo só é aplicado às formas tipificadas nos arts. 125 e 126, ficando excluídos o autoaborto e o aborto consentido (art. 124 do CP), uma vez que o nosso ordenamento jurídico não pune a autolesão. Se a gestante, ao praticar o autoaborto, se lesionar gravemente, não terá, assim, a sua pena majorada em virtude da autolesão, mas apenas responderá pelo delito do art. 124.

10.2. Lesão corporal grave ou morte da gestante

10.2.1. *Enquadramento legal da conduta do partícipe*

Se as majorantes em estudo não abrangem a conduta da mulher que pratica o aborto em si mesma, também não incidirão sobre a conduta do partícipe desse mesmo delito. Fica a questão: por qual delito responde o instigador ou auxiliador do crime de autoaborto se do emprego dos meios ou manobras abortivas advier lesão corporal grave ou morte da gestante?

a) Responderá por lesão corporal culposa ou homicídio culposo. É a posição de Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 304).

b) Responderá tão somente pela participação no delito do art. 124 do CP. É a posição de Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 58).

c) O partícipe ou coautor do aborto, além de responder por esse delito (art. 124), pratica homicídio culposo ou lesão corporal de natureza culposa, sendo

inaplicável o art. 127 do CP, uma vez que essa norma exclui os casos do art. 124 (JESUS, 2000a, p. 416).

10.2.2. *Crime preterdoloso*

As majorantes aqui previstas são exclusivamente preterdolosas. Há um crime doloso (aborto) ligado a um resultado não desejado (lesão corporal de natureza grave ou morte), nem mesmo eventualmente, mas imputável ao agente a título de culpa (se eram consequências previsíveis do aborto que se quis realizar e, portanto, evitáveis).

E quando há morte da gestante e aborto tentado? Trata-se de interessante hipótese de delito preterdoloso (aborto qualificado pela morte culposa da gestante), na qual morre acidentalmente a gestante, mas o feto sobrevive por circunstâncias alheias à vontade do aborteiro. Nesse caso, haveria tentativa de aborto qualificado? Em caso afirmativo, seria uma exceção à regra de que não cabe tentativa em crime preterdoloso. Entendemos que, nessa hipótese, deve o sujeito responder por aborto qualificado consumado, pouco importando que o abortamento não se tenha efetivado, aliás, como acontece no latrocínio, que se reputa consumado com a morte da vítima, independentemente de o roubo se consumar. Não cabe mesmo falar em tentativa de crime preterdoloso, pois nele o resultado agravador não é desejado, sendo impossível ao agente tentar produzir algo que não quis: ou o crime é preterdoloso consumado ou não é preterdoloso.

10.3. Lesão corporal leve ou grave como meio necessário à prática do aborto

No tocante às lesões corporais leves, a própria lei as exclui das majorantes. Ao se tratar das lesões graves, como a lesão de útero, alguns autores, como Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 304-305) e Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 58), entendem que, nos casos em que as lesões, apesar de graves, possam ser consideradas “inerentes” ou “necessárias” para a causação do aborto, não incidiria esse dispositivo, pois as lesões estariam absorvidas pelo aborto. A lei, na verdade, teria em vista as lesões graves extraordinárias, ou seja, não necessárias à causação do aborto, como infecções; do contrário, o crime de aborto seria sempre qualificado.

11. ABORTO LEGAL – CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE (ART. 128 DO CP)

11.1. Natureza jurídica

Consta da redação do art. 128 do CP:

> Não se pune o aborto praticado por médico:
> (...)
> I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> (...)
> II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Trata-se de causas excludentes da ilicitude, sendo, portanto, lícita a conduta daquele que pratica o aborto nas duas circunstâncias relacionadas no texto legal (JESUS, 2000a, p. 420).

11.2. Aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I, do CP)

É a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la. Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. O perigo de vida para a gestante pode advir de causas várias, como câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes. Observe-se que não se trata tão somente de risco para a saúde da gestante. Ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretará ou não risco de vida para a mulher grávida. O médico deverá intervir após parecer de dois outros colegas, devendo ser lavrada ata em três vias, sendo uma enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do nosocômio onde o aborto foi praticado. É dispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia de ambos, até porque muitas vezes a mulher está inconsciente e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como o interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 311). Não se pode olvidar que o art. 146, § 3º, I, do CP autoriza a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por “iminente perigo de vida”.

11.2.1. *Sujeito ativo – enfermeira ou parteira*

A excludente da ilicitude em estudo, do crime de aborto, somente abrange a conduta do médico. Não obstante isso, a enfermeira ou parteira não responderá pelo delito em questão se praticar o aborto por força do art. 24 do CP (estado de necessidade, no caso, de terceiro); nesse caso, no entanto, exige-se que o prosseguimento da gravidez acarrete perigo atual e inamovível, pois, se o perigo não for atual, a conduta será criminosa, tendo em vista que o inc. I do art. 128 tem como destinatário exclusivo o médico, a quem cabe fazer prognóstico de detecção de prejuízo futuro à vida da gestante.

11.3. Aborto sentimental, humanitário ou ético (art. 128, II, do CP)

Trata-se do aborto realizado pelo médico nos casos em que a gravidez decorre de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho fruto de um coito vagínico violento, tendo em vista os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar. O art. 128, II, do CP não fazia distinção entre o estupro com violência real ou presumida (revogado art. 224 do CP), concluindo-se que esse último estaria abrangido pela excludente da ilicitude em estudo. Na interpretação da regra legal era necessário ter em vista que, nos casos em que a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, até porque qualquer restrição importaria em interpretação *in malam partem*, uma vez que, se se entendesse estar excluído do dispositivo legal o estupro com violência ficta, a conduta do médico que praticasse o aborto nessas circunstâncias seria considerada criminosa. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura "estupro de vulnerável". Mencione-se que a criação do art. 217-A do CP foi acompanhada, de outro lado, pela revogação expressa do art. 224 do CP pela Lei n. 12.015/2009, mas, de uma forma ou de outra, todas as condições nele contempladas passaram a integrar o novo dispositivo legal, que não mais se refere à presunção de violência, mas às condições de vulnerabilidade da vítima, daí a rubrica "estupro de vulnerável". Desse modo, o aborto realizado nos casos de gravidez resultante de estupro de vulnerável continua a ser abarcado pela excludente em análise.

Ressalve-se que, com o advento da Lei n. 12.015/2009, que revogou expressamente o delito do art. 214 do CP, mas, de outro lado, passou a considerar como estupro a prática não só da conjunção carnal, mas também de qualquer outro ato libidinoso diverso, não haverá mais necessidade de se lançar mão da analogia para lograr a permissão para a realização do aborto, já que, a gravidez resultante de atos libidinosos diversos, também configurará estupro, de acordo com a nova redação do art. 213 do CP.

11.3.1. *Consentimento da vítima e prova do estupro*

O médico, para realizar o aborto sentimental decorrente de estupro, ao contrário do aborto necessário ou terapêutico, necessita de prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal. A lei não exige autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção a critério do médico.

Basta prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, testemunhos colhidos perante autoridade policial, atestado médico relativo às lesões defensivas sofridas pela mulher e das lesões próprias da submissão forçada à conjunção carnal ou ato libidinoso diverso). No tocante à gravidez decorrente de estupro de vulnerável, como a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso e realizado com menor de 14 anos, basta a prova da realização de tais atos.

11.3.2. *Erro de tipo – médico induzido a erro (art. 20, § 2o, do CP)*

Caso não tenha havido estupro e o médico, induzido em erro, realize o aborto, há erro de tipo, que exclui o dolo e, portanto, a tipicidade da conduta.

11.3.3. *Sujeito ativo – enfermeira*

Se a autora do aborto for enfermeira, ela responderá pelo delito, pois a lei faz referência expressa à qualidade do sujeito que deve ser favorecido: médico. Cezar Roberto Bitencourt (2001, v. 2, p. 171) adota em parte esse entendimento, pois sustenta que, apesar de a conduta da enfermeira revestir-
-se de tipicidade e antijuridicidade, quer dizer, não ser abrangida pela causa excludente da ilicitude em estudo, pode estar presente no caso uma causa excludente da culpabilidade, consistente na *inexigibilidade de conduta diversa*, ou seja, dentro das circunstâncias concretas não havia como se exigir outra conduta da enfermeira que não a realização do aborto na gestante.

11.3.4. *Partícipe – enfermeira*

Se ela auxilia o médico na realização do aborto humanitário, não há crime, uma vez que a conduta daquele não constitui fato típico e ilícito.

12. OUTRAS ESPÉCIES DE ABORTO

a) Aborto natural: consiste na interrupção espontânea da gravidez. Nessa hipótese, não há crime.

b) Aborto acidental: é aquele que decorre de traumatismo ou de outro acidente. Aqui também não há crime.

c) Aborto eugenésico, eugênico ou piedoso: é aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Não é permitido pela nossa legislação e, por isso, configura o crime de aborto, uma vez que, mesmo não tendo forma perfeita, existe vida intrauterina, remanescendo o bem jurídico a ser tutelado penalmente. Eugenia é expressão que tem forte conteúdo discriminatório, cujo significado é purificação de raças. A vida intrauterina, perfeita ou não, saudável ou não, há que ser tutelada, não só por força do Direito Penal, mas por imposição direta da Carta Magna, que consagrou a vida como

direito individual inalienável. Mediante prova irrefutável de que o feto, no entanto, não dispõe de qualquer condição de sobrevida, consubstanciada em laudos subscritos por juntas médicas, deve ser autorizada a sua prática. Nesse sentido, já decidiu o STJ:

> (...) Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. 6. Ordem prejudicada (STJ, 5ª T., HC 56572/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 25-4-2006, *DJU* de 15-5-2006, p. 273). Em sentido contrário: STJ, 5ª T., HC 32159/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 17-2-2004, *DJU* de 22-3-2004, p. 334.

No que toca ao abortamento de feto anencéfalo ou anencefálico, a CNTS ajuizou uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual se pretendeu obter posicionamento do STF sobre o aborto de feto anencéfalo (MC em ADPF 54-8/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 1º-7-2004, *Infojus*. Acesso em: 5 jul. 2004).

d) Social ou econômico: é aquele cometido no caso de famílias muito numerosas, nas quais mais um nascimento agravaria a crise financeira e social. Nosso ordenamento não o admite. Haverá crime, no caso.

13. QUESTÕES DIVERSAS

a) Agravantes: nos delitos de aborto não incide a agravante do art. 61, II, *h* do CP, qual seja a circunstância de a vítima estar grávida.

b) Contravenção penal: constitui contravenção penal, punível com multa, "anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto" (art. 20 da LCP).

14. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

A ação penal é pública incondicionada. O Ministério Público tem a atribuição exclusiva para a sua propositura, independentemente de representação do ofendido.

Por se tratar de crime doloso contra a vida, o delito de aborto insere-se na competência do Tribunal do Júri, de modo que os processos de sua competência seguem o rito procedimental escalonado (CPP, arts. 406 a 497 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.689/2008), independentemente da pena prevista.

CAPÍTULO II – DAS LESÕES CORPORAIS

Art. 129 – Lesão corporal

1. CONCEITO

Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal, o crime de lesão corporal é definido como ofensa à *integridade corporal* ou saúde, isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental.

2. OBJETO JURÍDICO

Cuida o Capítulo II do Título I do Código Penal das lesões corporais, crime esse que integra o rol dos crimes contra a pessoa. A lei, assim, tutela não somente a vida do indivíduo, por meio dos chamados "crimes contra a pessoa", mas também a sua incolumidade, no que diz respeito tanto à integridade física quanto à saúde física e mental.

3. CONSENTIMENTO DO OFENDIDO – LESÕES ESPORTIVAS E INTERVENÇÃO MÉDICO-CIRÚRGICA

No tocante ao consentimento do ofendido, em princípio, nenhum efeito gera, em face do caráter indisponível do bem incolumidade física. Essa concepção, no entanto, sofre certa flexibilização nos frequentes casos de lesões esportivas e cirúrgicas.

3.1. Lesões esportivas

A violência, por vezes, é inerente a determinadas práticas esportivas, como o boxe; ou, então, mesmo não sendo inerente, é perfeitamente aceitável ante a sua adequação social (lesões provocadas em jogo de futebol). A lesão decorrente da prática esportiva não constitui crime de lesões corporais, pois a violência esportiva constitui, tradicionalmente, a discriminante do exercício regular de direito. O fato, portanto, é típico, mas não ilícito. Atualmente, contudo, entendemos que o fato é atípico por influxo da teoria da imputação objetiva.

3.2. Intervenção médico-cirúrgica

Tradicionalmente, também constitui exercício regular de direito. Para que, contudo, exista a mencionada discriminante, é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Ausente, poderá caracterizar o estado de necessidade em favor de terceiro (art. 146, § 3º, I, do CP). É, no entanto, possível sustentar que a intervenção médico-cirúrgica consentida configura fato atípico por influência da teoria da imputação objetiva. Vejamos algumas

hipóteses de intervenção médico-cirúrgica:

a) Transplante de órgãos: também constitui exercício regular de direito a intervenção cirúrgica realizada em razão da doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo vivo de pessoa "juridicamente capaz" com a finalidade de favorecer outrem na realização de transplante ou de terapia (art. 9º da Lei n. 9.434/97).

b) Cirurgia transexual: discute-se sobre a possibilidade de intervenções cirúrgicas para mudança de sexo, as quais implicam mutilação dos órgãos genitais externos do transexual. Aqui, em tese, constituiria lesão corporal gravíssima (§ 2º, IV). Tem-se admitido nessas hipóteses a cirurgia, desde que tenha por escopo corrigir desajustamento psíquico, tratando-se, assim, de procedimento curativo (nesse sentido: MIRABETE, 1999, p. 704; TACrimSP, *RT* 545/355-372). Há, assim, na espécie, não o dolo de lesionar, mas a intenção de diminuir o sofrimento psíquico do indivíduo. O fato, portanto, é atípico.

c) Esterilização cirúrgica: a esterilização cirúrgica está prevista na Lei n. 9.263/96, que regula o art. 226, § 7º, da CF e trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

4. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

4.1. Ação nuclear

A ação nuclear consubstancia-se no verbo "ofender", que significa atingir a integridade corporal ou a saúde física ou mental de outrem.

4.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, exceto o próprio ofendido. A autolesão é considerada irrelevante penal, desde que a causação da ofensa física não tenha finalidade lesiva de outro objeto jurídico. Haverá, assim, crime de fraude se o agente, mutilando-se, pretender obter (indevidamente) indenização ou valor de seguro anteriormente contratado (art. 171, § 2º, V, do CP); haverá crime definido no Código Penal Militar (art. 184 do CPM) se o agente lesionar o próprio corpo com o fito de se tornar inabilitado para o serviço militar. Ainda sobre a autolesão, se ela é cometida por pessoa insana, completamente embriagada ou de tenra idade, haverá crime tão somente para o agente provocador da prática (o indutor, instigador, aquele que dá auxílio). Trata-se de hipótese de autoria mediata (art. 20, § 2º, do CP).

No caso em que alguém se fere na tentativa de se defender de agressão de outra pessoa, é desta a responsabilidade pelo crime, uma vez que seu procedimento foi a causa da lesão sofrida pelo defendente.

4.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, salvo nas hipóteses dos § § 1º, IV, e 2º, V, aplicáveis a mulher grávida. Se o sujeito for menor de 14 anos ou maior de 60 anos, incide causa de aumento de pena (veja § 7º). 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, o fato será enquadrado nos § § 9º e 10 do art. 129. A conduta que vulnera fisicamente um cadáver só poderá encontrar subsunção no núcleo típico "destruir" do art. 121.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime de dano. A consumação se dá no momento da efetiva ofensa à integridade corporal ou à saúde física ou mental da vítima. Estamos diante de um crime instantâneo, de modo que pouco importa para a sua consumação o tempo de duração da lesão. Tal aspecto, ou seja, a análise da permanência da lesão ou de sua duração prolongada, importa apenas para a incidência das qualificadoras, por exemplo: se da lesão resulta incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 dias (art. 129, § 1º, I, do CP), se resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função (art. 129, § 1º, III, do CP) etc.

Por ser crime material, a demonstração do resultado deve vir consubstanciada no laudo do exame de corpo de delito.

A multiplicidade de lesões contra a mesma pessoa constitui crime único ou concurso de crimes? O delito de lesões corporais é um delito plurissubsistente, caracterizado pela prática de vários atos executivos que, no entanto, constituem uma só ação. Dessa forma, a multiplicidade de lesões infligidas contra uma mesma pessoa em um só processo de atividade constitui crime único, ainda que diversos os meios utilizados para produzir o resultado danoso (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 326). Por exemplo: indivíduo primeiramente chicoteia a vítima, logo em seguida lhe desfere pauladas nas costas e, finalmente, desfere-lhe uma facada no braço. Todos esses atos, na realidade, integram uma só ação, qual seja a de lesionar, portanto há um só crime de lesão corporal, que será punido à luz do resultado de mais gravidade. Ao contrário, se há a interrupção do processo executivo, ocorrendo posteriormente nova ação, produto de nova determinação criminosa, estaremos diante de uma hipótese de concurso de crimes. Haverá, então, dois, três ou quatro crimes de lesões corporais praticados pelo mesmo autor contra a mesma vítima em duas, três ou quatro ocasiões distintas. Aqui, poderá haver crime continuado, uma vez verificada a necessária

similitude das condições circunstanciais.

6. TENTATIVA

Tratando-se de crime de dano, a tentativa é perfeitamente admissível. A tentativa não será possível na forma culposa (art. 129, § 6º, do CP) e na forma preterdolosa do crime de lesões corporais.

Importante fazer as seguintes distinções: se o agente intenciona apenas colocar em perigo a vida ou a saúde de outrem, e não quer nem assume o risco de produzir o evento danoso, estaremos diante de um crime de perigo (art. 132 do CP). Se, contudo, há o dolo de lesionar (dolo de dano), estaremos diante de um crime de tentativa de lesões corporais. Da mesma forma, se o elemento subjetivo for intimidar a vítima, poderemos estar diante de um crime de ameaça real (art. 147 do CP) e não de tentativa de lesões corporais.

7. ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do crime de lesões corporais é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de ofender a integridade física ou a saúde de outrem. Exige-se, assim, o chamado *animus nocendi* ou *laedendi*. É a intenção de lesionar que diferencia o crime de lesão corporal consumado do crime de tentativa de morte cruenta, pois neste o agente atua impelido pelo *animus necandi*. O Código Penal prevê a modalidade preterdolosa em algumas figuras qualificadas, que analisaremos posteriormente. O CP também prevê a modalidade culposa do delito em estudo (art. 129, § 6º).

Importa notar que é o elemento subjetivo (dolo de matar, de lesionar, de expor a perigo) que possibilitará o enquadramento legal do fato, tendo em vista uma ação física poder configurar diversos tipos penais, dependendo do elemento volitivo: tentativa de homicídio (art. 121 c.c. o art. 14, II, do CP), tentativa de lesões corporais (art. 129 c.c. o art. 14, II, do CP), perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132 do CP), maus-tratos (art. 136 do CP).

8. FORMAS

O Código Penal prevê diversas modalidades do crime de lesão corporal:

- Simples: está prevista no art. 129, *caput*.
- Qualificadas: § 1º (lesão grave); § 2º (lesão gravíssima) e § 3º (lesão corporal seguida de morte).
- Privilegiada: está prevista no § 4º.
- Culposa: está prevista no § 6º.

8.1. Lesão corporal leve ou simples (caput)

Consiste no dano à integridade física ou à saúde que não constitua lesão grave ou gravíssima (§ § 1º ao 3º). É um conceito a que chegamos por exclusão, pois se da lesão não decorre nenhum dos resultados agravadores previstos nos parágrafos citados, estaremos diante de uma lesão simples, prevista no tipo fundamental. É certo que sempre que não se lograr provar o resultado agravador ou, então, na hipótese de crime tentado, se não se lograr provar qual o tipo de lesão intencionada pelo agente (se leve, grave ou gravíssima), a lesão será considerada simples, em atendimento ao princípio do *in dubio pro reo*.

8.1.1. *Distinção – lesão leve, contravenção penal de vias de fato e injúria real*

Não se deve confundir a lesão simples com as vias de fato, as quais consistem na violência empregada contra a vítima sem acarretar dano ao seu corpo, não há vestígios sensíveis da violência nem o *animus vulnerandi*. Se a violência exercida for ultrajante, havendo a intenção de humilhar a vítima, envergonhá-la, ofender a sua dignidade ou o decoro, como uma bofetada leve, estaremos diante do crime de injúria real (art. 140, § 2º, do CP). Se a violência não for ultrajante (empurrar a vítima), estaremos diante de uma contravenção penal de vias de fato (art. 21 da LCP) (NORONHA, 1994, v. 2, p. 69). Se as vias de fato, aliás, forem praticadas contra vítima maior de 60 anos, a pena será aumentada de um terço, de acordo com a regra do parágrafo único acrescentado pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). Enquanto houver incompatibilidade entre lesões corporais e vias de fato (existindo lesão, há o crime e desaparece a contravenção), ter-se-á o acúmulo de pena do delito em tela com a do crime contra a honra, a teor do § 2º do art. 140.

Uma questão: corte de cabelo ou de barba à revelia da vítima configura lesão corporal simples, injúria real ou vias de fato? Há controvérsia. Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 325, nota de rodapé) sustentam que o corte de cabelo ou da barba, "mesmo quando praticado arbitrária ou violentamente, não deve ser considerado *lesão corporal*, mas *vias de fato* ou *injúria real*". No caso, configurará crime de injúria real se o corte for praticado com o intuito de envergonhar ou humilhar a vítima. Não havendo essa intenção, poderá estar configurada tão somente a contravenção de vias de fato. Ela se dará na hipótese em que a violência praticada não deixar vestígios sensíveis. Os cortes de cabelo e de barba, normalmente, não deixam vestígios de violência. Na jurisprudência, o tema é controvertido, havendo posicionamentos no sentido de que estaria

configurado na hipótese o crime de lesão corporal leve.

8.2. Lesão corporal qualificada pelo resultado (§ § 1º a 3º)

O § 1º prevê circunstâncias qualificadoras que, agregadas ao tipo fundamental descrito no *caput* do dispositivo, agravam a sanção penal. São condições de maior punibilidade. Cumpre primeiramente conceituar crime qualificado pelo resultado como aquele em que o legislador, após uma conduta típica, com todos os seus elementos, acrescenta-lhe um resultado, cuja ocorrência acarreta um agravamento da sanção penal. As lesões corporais de natureza grave ou gravíssima constituem crimes qualificados pelo resultado, mas não necessariamente preterdolosos. Temos, assim, a seguinte situação:

a) Dolo no crime antecedente e culpa no crime consequente: constitui propriamente a figura preterdolosa, por exemplo, lesão corporal seguida de morte (§ 3º), lesão com perigo de vida (§ 1º, II), lesão que produz o aborto (§ 2º, V). Tais crimes são necessariamente preterdolosos, ou seja, o resultado agravador deve necessariamente ter sido gerado por culpa do agente, pois, se aquele estiver abrangido pelo dolo, deverá o agente responder por crime mais grave (homicídio, tentativa de homicídio, aborto).

b) Dolo no crime antecedente e dolo no crime consequente: em algumas qualificadoras dos § § 1º e 2º, os resultados são puníveis a título tanto de dolo quanto de culpa. Quando puníveis a título de dolo, estamos diante tão somente do gênero "crime qualificado pelo resultado", por exemplo, incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 dias, e debilidade permanente de membro, sentido ou função. Quando puníveis a título de culpa, estamos diante de um crime preterdoloso. Assim, temos resultados qualificadores que podem ser punidos a título tanto de dolo quanto de culpa: § 1º, I, III e IV; § 2º, I, II, III e IV.

8.2.1. *Tentativa de crime de lesão corporal qualificada pelo resultado*

Cumpre fazer uma distinção. Cuidamos, na letra *a* do tópico 8.2, dos crimes estritamente preterdolosos. Nesses, o dolo do agente não abrange os resultados agravadores, logo não se pode tentar produzir um evento que não era desejado. Não há, assim, a tentativa de lesão corporal seguida de morte (§ 3º), lesão com perigo de vida (§ 1º, II) ou lesão que produz o aborto (§ 2º, V).

Na letra *b*, igualmente, há a previsão de alguns resultados agravadores preterdolosos, sendo pela mesma razão impossível a tentativa. De outro lado, esses mesmos resultados qualificadores previstos na letra *b* podem ser punidos a título de dolo e, nessa hipótese, a tentativa será possível.

Resumindo:

a) Dolo no crime antecedente e culpa no crime consequente: a tentativa é impossível.

b) Dolo no crime antecedente e dolo no crime consequente: a tentativa é possível.

8.2.2. *Lesão corporal de natureza grave (§ 1º)*

As lesões corporais graves estão previstas no § 1º do art. 129. A pena prevista é de reclusão de um a cinco anos. Importante notar que é possível a coexistência das diversas formas de lesão grave, constituindo elas crime único, devendo o Juiz, nessa hipótese, levá-las em consideração na fixação da pena-base (art. 59 do CP). Abaixo, cada uma delas é descrita:

a) Incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias (inc. I): esse inciso refere-se não só às ocupações laborais mas também às atividades costumeiras, tais como recreação, asseio corporal etc.; não há necessidade da finalidade lucrativa. Do contrário, estariam excluídos os idosos, as crianças e os enfermos. A ocupação da vítima deve ser lícita, estando, assim, excluídos os criminosos profissionais, mas nada impede que a ocupação habitual seja imoral, como a prostituição. A incapacidade pode ser de ordem tanto física quanto psíquica. A imputação ao agente do resultado agravador pode se dar a título de dolo ou culpa. O período de incapacidade não se confunde com a duração da lesão. Pode a lesão cicatrizar-se e a incapacidade persistir por mais algum tempo ou, ainda, não curada a lesão, pode desaparecer a incapacidade. A lei fixa um prazo mínimo de duração da incapacidade para que a qualificadora seja reconhecida, qual seja "mais de 30 dias". Há necessidade de efetivação do laudo pericial complementar, tão logo decorra o prazo de 30 dias (no 31º dia, portanto), contado da data do crime, para se constatar a incapacidade por mais de 30 dias (art. 168, § 2º, do CPP). Esse prazo será contado em conformidade com o estabelecido no art. 10 do CP. Se o exame complementar for realizado antes de vencidos os 30 dias contados a partir da data do crime, não terá idoneidade. Da mesma forma, se for realizado muito tempo depois do cometimento do crime, também não terá validade alguma. Isso não quer dizer que o exame realizado somente poucos dias depois do prazo não tenha validade. O STF, inclusive, já se posicionou no sentido de que o prazo do art. 168, § 2º, do CPP não é peremptório (STF, *DJU* de 11-10-1996, p. 38499). Repele-se, assim, o exame realizado tardiamente.

b) Perigo de vida (inc. II): para a configuração dessa qualificadora, há

necessidade da existência de um perigo concreto, o qual deverá ser demonstrado e comprovado por perícia devidamente fundamentada. Cuida-se aqui de uma probabilidade real e efetiva do resultado letal em virtude da lesão acarretada ou do processo patológico por ela desencadeado. Ressalve-se que a simples sede da lesão não serve por si só para presumir a situação de perigo de vida (nesse sentido: STF, *RT* 579/431). Deve o perigo de vida ser demonstrado concretamente, assim como exemplifica Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 69):

> Um ferimento no pulmão é geralmente perigoso; todavia pode, no caso concreto, a constituição excepcional do ofendido, a natureza do instrumento ou qualquer outra circunstância impedir que se verifique esse risco. A lesão grave só existe, portanto, se, em um dado momento, a vida do sujeito passivo esteve *efetivamente* em perigo.

A ocorrência do perigo de vida, segundo a jurisprudência, deve ser bem explicitada pelo perito no laudo de exame de corpo de delito, não bastando a simples referência à sede da lesão ou à sua gravidade. A existência de laudo complementar não é obrigatória. Esse tipo só admite o preterdolo, uma vez que, se houve dolo quanto ao perigo de vida, o agente responderá por tentativa de homicídio.

c) Debilidade permanente de membro, sentido ou função (inc. III): a debilidade consiste na diminuição ou enfraquecimento da capacidade funcional, que não necessita ser perpétua, bastando que seja permanente ou duradoura. A qualificadora em estudo configura-se mesmo que a debilidade seja passível de correção por meio de intervenção cirúrgica ou tratamentos ortopédicos ou, ainda, que seja passível de disfarces, como a colocação de próteses. *Membros* são as partes do corpo que se prendem ao tronco. Podem ser superiores (braços, antebraços e mãos) e inferiores (pernas, coxas e pés). *Sentido* é a faculdade de percepção, é por meio dos sentidos que percebemos o mundo exterior; são eles: audição, paladar, olfato, visão e tato. *Função* é a atividade específica de um órgão: circulatória, respiratória, secretora, reprodutora, digestiva, locomotora etc. Quando se tratar de órgãos duplos, a supressão de um deles debilita a função, ou seja, há apenas a diminuição funcional do organismo, pois, estando o outro órgão íntegro, não há falar em abolição da função. Esse, inclusive, é o posicionamento adotado pela jurisprudência. Caso haja a supressão de um olho, haverá, assim, lesão grave. Se houver a supressão de ambos, estará caracterizada a perda e, portanto, lesão gravíssima, conforme o inc. III do § 2º do art. 129 do CP. Aplica-se o mesmo raciocínio quando se tratar de testículo, ovário etc. A perda de dentes enfraquece permanentemente a função mastigatória, consistindo lesão grave. E a perda de um só? Em tese, estaria caracterizada a lesão leve, pois será demasia dizer que a falta de um único dente ocasiona debilidade da função. A

perícia é que, todavia, deverá, no caso concreto, resolver o problema, uma vez que, consoante Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 334), “a uma pessoa com escasso número de dentes, a perda de mais um pode ser grandemente prejudicial, importando, sem dúvida alguma, a gravidade da lesão”. Por fim, a inutilização de um dedo, consoante jurisprudência majoritária, acarreta a debilidade permanente do membro, portanto lesão corporal grave. Ressalte-se, finalmente, a desnecessidade de realização de exame complementar para se constatar a existência dessa qualificadora.

d) Aceleração de parto (inc. IV): ocorre quando, em decorrência da lesão corporal produzida na gestante, antecipa-se o termo final da gravidez, ou seja, o feto é expulso precocemente do útero materno. É necessário que o feto nasça com vida e continue a sobreviver, pois, do contrário, estará caracterizada a lesão corporal gravíssima (§ 2º, V – lesão qualificada pelo aborto). O dolo do agente é o de causar a lesão corporal na vítima. Ele, entretanto, há de ter conhecimento do estado de gravidez, senão responderá por lesão corporal leve.

8.2.3. *Lesão corporal gravíssima (§ 2º)*

Importante notar que é possível a coexistência das diversas formas de lesão gravíssima, constituindo tais formas crime único, devendo o Juiz, nessa hipótese, levá-las em consideração na fixação da pena-base (art. 59 do CP). Por exemplo, se resulta em incapacidade permanente para o trabalho (inc. I) e perda ou inutilização de membro, sentido ou função (inc. III).

Todas as circunstâncias qualificadoras relacionadas nesse parágrafo podem ser tanto dolosas quanto preterdolosas, com exceção da circunstância contida no inc. V (aborto), que é necessariamente preterdolosa. Vamos examiná-las:

a) Incapacidade permanente para o trabalho (inc. I): a lei emprega, agora, diferentemente do § 1º, a palavra “trabalho” e não ocupações habituais. Trabalho, no caso, abrange o exercício de qualquer atividade remunerada, o que exclui a criança ou a pessoa idosa aposentada. Para a existência dessa qualificadora, não há necessidade de que a incapacidade seja perpétua, mas tão somente duradoura. Não há, contudo, a possibilidade de fixação de seu limite temporal. Segundo a doutrina, essa incapacidade deve ser genérica, ou seja, deve o ofendido ficar privado da possibilidade, física ou psíquica, de aplicar-se a qualquer atividade lucrativa (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 336), e não somente à atividade laboral anteriormente exercida. Se não o for, poderá o resultado ser enquadrado em um dos incisos do § 1º.

b) Enfermidade incurável (inc. II): é a doença (do corpo ou da mente) que a

ciência médica ainda não conseguiu conter nem sanar; a moléstia que evolui a despeito do esforço técnico para debelá-la. Não se exige a certeza absoluta da incurabilidade pela Medicina, pois basta um juízo de probabilidade de que a doença não tenha cura. A demonstração da incurabilidade deve vir afirmada pericialmente, com base nos conhecimentos de que ora dispõe a Medicina, por meio de um juízo prognóstico que afirme a ineficiência dos tratamentos disponíveis para a supressão do mal. Se houver necessidade de intervenção cirúrgica arriscada e a vítima se recusar a submeter-se a ela, mesmo assim incidirá a qualificadora, pois o ofendido não está obrigado a se submeter a tratamentos incertos ou penosos ou a operações arriscadas na tentativa de curar-se (MAGGIORE, 1953). A dolosa transmissão de uma doença incurável e fatal como a AIDS poderá, se presente o *animus necandi*, caracterizar tentativa de homicídio.

c) Perda ou inutilização de membro, sentido ou função (inc. III): ao contrário do § 1º, III, que fala em debilidade, o § 2º, III, cuida da perda ou inutilização de membro, sentido ou função, circunstâncias essas muito mais graves do que a primeira. A *perda* consiste na extirpação de uma parte do corpo, diz respeito à mutilação (o seccionamento de parte do corpo ocorre pela própria ação lesiva, como a mão decepada por um facão) ou à amputação (o seccionamento de parte do corpo decorre de intervenção cirúrgica necessariamente realizada para salvar a vítima de consequências mais graves provocadas pela lesão corporal, como a amputação de perna gangrenada em decorrência da ação lesiva). A *inutilização* refere-se à inaptidão do órgão à sua função específica. Trata-se, na realidade, também de uma perda, não anatômica, mas funcional (NORONHA, 1994, v. 2, p. 71). Conforme Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 336), na inutilização "o membro ou o órgão não é destacado do corpo, mas fica inapto à sua função, como, *in exemplis*, por anquilose ou paralisia".

A distinção entre debilidade, perda e inutilização é feita por Damásio de Jesus (2000a, p. 431) por meio do seguinte exemplo:

> Se o ofendido, em consequência da lesão corporal, sofre paralisia de um braço, trata-se de inutilização de membro. Se, em face da lesão corporal, perde a mão, cuida-se também de inutilização de membro. Vindo, entretanto, a perder um dedo da mão, a hipótese é de debilidade permanente. Por último, se vem a perder todo o braço, há perda de membro.

Nesse sentido: *RT* 572/297, 536/341; *RJTJSP* 97/502; *RF* 270/326, 257/304.

No tocante a órgãos duplos, ocorrerá a perda quando houver a supressão de ambos (cegueira ou surdez total). Quando houver a supressão apenas de um órgão, estaremos diante da hipótese de debilidade (§ 1º, III), pois a função não

foi totalmente abolida, como na surdez em apenas um dos ouvidos. Ressalte-se que, se com a lesão houve apenas a diminuição do alcance da visão, estaremos também diante da hipótese de debilidade de sentido.

d) Deformidade permanente (inc. IV): deformidade é o dano estético de certa monta. Permanente é a deformidade indelével, irreparável. Entende-
-se por irreparável a deformidade que não é passível de ser corrigida pelo transcurso do tempo. Não deixa, assim, de configurar a deformidade permanente a utilização de artifícios que camuflem, como orelha de borracha, substituição de olho natural por olho de vidro, uso de aparelho ortopédico. A vítima também não está obrigada a submeter-se a cirurgia plástica para reparação da deformidade; se for, contudo, submetida a ela, e com sucesso, afastada estará a qualificadora. Exige-se que a deformidade seja visível, pouco importando em que parte do corpo esteja localizada. Pode-se, assim, localizar tanto no rosto quanto nos braços, pernas, coluna vertebral (por exemplo, cicatriz no rosto de uma mulher, indivíduo que se torna coxo em decorrência de lesão em uma das pernas). Deve o dano estético ser de certa monta, o que exclui, por exemplo, pequenas cicatrizes ou perda de dentes, mas não é necessário que o dano atinja os limites de coisa horripilante ou aleijão (NORONHA, 1994, v. 2, p. 72). Além de ser considerável, deve o prejuízo causar impressão vexatória, ou seja, humilhação ao portador e certo desconforto aos olhos de terceiros.

e) Aborto (inc. V): tivemos a oportunidade de analisar o delito de aborto em capítulo próprio. O aborto como circunstância qualificadora do delito de lesões corporais é punido a título de preterdolo, ou seja, punem-se a lesão corporal a título de dolo e o aborto a título de culpa. Nessa hipótese, o agente, ao lesionar a vítima, não quer, nem mesmo assume, o risco do advento do resultado agravador aborto. Faz-se, contudo, mister que o agente conheça o estado de gravidez da vítima, mas não queira produzir o aborto. O desconhecimento da gravidez constitui o erro de tipo, que exclui o dolo e torna o abortamento fato atípico.

Se houver, assim, o dolo na lesão corporal e culpa no abortamento (o agente sabia que se tratava de gestante e foi imprudente em relação ao feto), o crime será o do art. 129, § 2º, V, do CP. Na hipótese de o agente agressor desconhecer o estado de gravidez, não há falar em culpa quanto à morte intrauterina, tipificando-se apenas o delito de lesões corporais de natureza leve (art. 129, *caput*, do CP), pois não pode haver responsabilidade objetiva quanto ao resultado agravador (art. 19 do CP). Ocorrendo o contrário, ou seja, aborto querido e morte culposa, o sujeito responderá por: aborto qualificado (art. 127, 2ª parte, do CP), quando, além do aborto doloso, a vítima tiver sofrido,

culposamente, lesões graves; aborto simples, se a vítima, culposamente, tiver sofrido lesões leves, que ficam absorvidas. Finalmente, se houver dolo quanto às lesões e dolo quanto ao aborto, o autor responderá por ambos os crimes em concurso formal imperfeito (somam-se as penas).

Lembre-se que se, em decorrência das lesões, a criança nascer prematuramente com vida, vindo a morrer posteriormente, estaremos diante de uma hipótese de lesão corporal qualificada pela aceleração de parto.

8.2.4. *Lesão corporal seguida de morte (§ 3º)*

Trata-se de hipótese de homicídio preterdoloso. Punem-se o primeiro delito (lesão corporal) pelo dolo e o segundo delito (morte) a título de culpa. O evento morte não deve ser desejado nem eventualmente, ou seja, não deve ser compreendido pelo dolo do agente, senão o crime será de homicídio. A morte é imputada ao agente a título de culpa, pois ele não previu o que era plenamente previsível, sendo-lhe, por isso, imputado o resultado mais grave. Deve, então, haver previsibilidade sobre a ocorrência do evento letal, pois, se o resultado for imprevisível ou decorrente de caso fortuito, responderá o agente tão somente pelas lesões corporais.

Não será admissível tentativa de lesão corporal seguida de morte, pois não há vontade conscientemente dirigida ao resultado morte. Cumpre distinguir os crimes de lesão corporal seguida de morte e de homicídio culposo, tendo em vista que em ambos o resultado letal é atribuível ao agente a título de culpa. A distinção nos é dada por Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 361):

> Na hipótese do § 3º do art. 129, há um concurso de dolo e culpa: dolo no antecedente (lesão corporal) e culpa no consequente (evento "morte"). Trata-se de um crime complexo, *in partibus* doloso e *in partibus* culposo. A diferença que existe entre tal hipótese e o homicídio culposo está apenas em que, neste, o evento "morte" resulta de um fato penalmente indiferente ou, quando muito, contravencional, enquanto, naquele, o resultado letal deriva de um crime voluntário contra a pessoa, ou seja, de uma lesão corporal dolosa. E a razão da maior punibilidade da "lesão corporal seguida de morte", em cotejo com o homicídio culposo, está precisamente no *quid pluris* representado pela criminosidade da causa de que resulta o evento "morte". Não há, aqui, apenas uma solução de ordem política, mas também de incontestável justiça.

8.3. Lesão corporal privilegiada (§ 4º)

A lei, como no crime de homicídio, também prevê o *privilegium* para o delito de lesões corporais, sendo aqui aplicável todo o estudo sobre essa circunstância privilegiadora que tivemos oportunidade de realizar no capítulo referente ao crime de homicídio.

Cumpre, no entanto, repisar que o privilégio legal incide sobre todas as modalidades de lesão corporal dolosa (leve, grave ou gravíssima) ou ainda

seguida de morte, excluindo-se, assim, a lesão culposa. A pena será diminuída de um sexto a um terço quando o crime for praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação do ofendido. A redução da pena é obrigatória, estando presentes as circunstâncias legais, pois se trata de direito subjetivo do réu.

8.4. Lesão corporal culposa (§ 6º)

Estaremos diante de uma lesão corporal culposa sempre que o evento lesivo decorrer da quebra do dever de cuidado por parte do agente por meio de uma conduta imperita, negligente ou imprudente, cujas consequências, que eram previsíveis, não foram previstas pelo agente ou, se foram, o agente não assumiu o risco do resultado. A gravidade das lesões deverá ser levada em conta no momento da fixação da pena-base pelo Juiz, pois dizem respeito às consequências do crime (art. 59 do CP).

8.4.1. *Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor*

Consulte comentários ao crime de homicídio praticado na direção de veículo automotor, no tópico 9.4.5 do art. 121: “Inovações Introduzidas pelo Código de Trânsito Brasileiro” (Lei n. 9.503/97).

9. SUBSTITUIÇÃO DA PENA (§ 5º)

Prevista no § 5º, possibilita ao Juiz, não sendo graves as lesões, a substituição da pena de detenção por multa nos seguintes casos:

a) Inc. I: se ocorrer qualquer das hipóteses do § 4º, ou seja, se a lesão corporal for privilegiada. Em se tratando de lesões corporais leves, o legislador concedeu ao Juiz duas alternativas: reduzir a pena de um sexto a um terço (§ 4º) ou substituí-la por multa (§ 5º).

b) Inc. II: se houver reciprocidade de lesões leves. Discute-se na jurisprudência se o § 5º, II, do art. 129 pode ser aplicado aos casos em que o outro agressor não tenha sido incluído na denúncia ou tenha sido absolvido pela excludente da legítima defesa. Vejamos a solução que nos é dada pela jurisprudência:

- Se ambos se ferem e um deles agiu em legítima defesa: um será condenado com o privilégio da substituição por multa, o outro será absolvido. Parte significante da jurisprudência não vê óbice na aplicação do privilégio ao contendor que restar condenado quando o outro for absolvido.
- Se ambos se ferem e alegam legítima defesa: em face da ausência de elementos probatórios que corroborem uma das versões, a solução, segundo

a jurisprudência, será a absolvição dos contendores.

- Se ambos se ferem, nenhum em legítima defesa: condenam-se os dois, com aplicação do referido privilégio (multa).

Importante notar que, com o advento da Lei n. 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), na condenação igual ou inferior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, do CP), desde que preenchidos os requisitos legais. Na prática, portanto, o § 5º resta inaplicável, uma vez que a regra geral do Código Penal é no sentido de ser possível a substituição nos delitos cuja pena máxima é de um ano de detenção.

10. AUMENTO DE PENA (§ 7º)

O § 7º do art. 129 remete ao art. 121, § 4º, do CP e aumenta a pena das lesões corporais culposas em um terço, ocorrendo qualquer daquelas hipóteses. O aumento de pena também incide nos casos de lesões dolosas, quando a vítima for menor de 14 anos (inovação do art. 263 do ECA, Lei n. 8.069/90). Para melhor compreensão do tema, consulte os comentários ao art. 121, § 4º, do CP.

11. PERDÃO JUDICIAL (§ 8º)

Consulte os comentários ao art. 121, § 5º, do CP.

12. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

12.1. Modificações introduzidas pela Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004

A Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, acrescentou dois parágrafos, 9º e 10, ao art. 129 do CP, com o objetivo de conferir tratamento mais severo à chamada *violência doméstica*. Segundo o § 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 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Antes da inovação legislativa, tal circunstância era definida apenas como agravante genérica (art. 61, II, *e* e *f*, do CP). Hoje, especificamente no que concerne à lesão corporal dolosa de natureza leve, configura qualificadora, elevando sua pena mínima de três para seis meses, embora tenha mantido o máximo em um ano de detenção. A lesão leve comum é, assim, punida com detenção de três meses a um ano, enquanto a qualificada pela violência doméstica, com detenção de seis meses a um ano. Essa circunstância refere-se

exclusivamente ao crime de lesões corporais leves. Não alcança a modalidade culposa, restringindo-se à forma dolosa. Quanto ao acrescentado § 10, dispõe o seguinte:

> Nos casos previstos nos § § 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 [...]

Ele procura estabelecer, em relação aos delitos de lesão corporal de natureza grave, gravíssima ou seguida de morte, um tratamento mais rigoroso quando o agressor se prevalece da condição de convivência doméstica ou de hospitalidade.

Finalmente, estamos diante de uma *novatio legis in pejus*, uma vez que:

a) A nova lei aumentou, de três para seis meses, a pena mínima cominada às lesões corporais de natureza leve quando praticadas contra as pessoas elencadas no § 9º.

b) Também passou a prever uma causa de aumento de pena para os crimes de lesão corporal de natureza grave, gravíssima e seguida de morte quando presente uma das circunstâncias indicadas no § 9º. Tratando-se de lei que agrava a situação do réu, não pode retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

12.2. Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006

- Vigência: a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, publicada no dia 8 de agosto de 2006, teve um período de *vacatio legis* de 45 dias, entrando em vigor somente no dia 22 de setembro de 2006.
- Objeto: a) criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; b) dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; c) estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.
- Fundamento: art. 226, 8º, da CF, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil (veja art. 1º).
- Conceito de violência doméstica ou familiar: a mencionada lei passou a tratar especificamente da violência doméstica e familiar contra a mulher (sobre o conceito e formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, veja arts. 5º e 7º da lei), de modo que o corpo de normas protetivas destina-se apenas a ela. De acordo com o art. 5º da lei, a violência doméstica ou familiar consiste em “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe

cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação[1]. O art. 6º, por sua vez, define o que se entende por violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral contra a mulher. Compreende, assim, por exemplo, a ofensa à integridade ou saúde corporal da mulher; a ameaça, constrangimento, humilhação ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; a ação de constranger a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso de força; a conduta de reter, subtrair, destruir objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais e qualquer conduta que configure calúnia, difamação e injúria, dentre outras.

- Autores da violência doméstica e familiar: podem ser não só o cônjuge ou companheiro, mas também os pais, avós, irmãos, tios, sobrinhos, padrastos, enteados etc., desde que, obviamente, exista vínculo doméstico ou familiar entre o autor da violência e a vítima[2].
- Sanção penal: a lei: a) aumentou a sanção penal para os crimes praticados com violência doméstica e familiar. A citada lei operou, assim, modificações na sanção penal cominada ao crime do art. 129, § 9º. Com efeito, a pena, que era de detenção de seis meses a um ano, passou para detenção de três meses a três anos, portanto diminuiu a pena mínima cominada e majorou o limite máximo de pena; b) além disso, acrescentou ao art. 129 o § 11, passando a incidir uma nova causa de aumento de pena no caso de violência doméstica. A pena será, portanto, aumentada de um terço se a vítima for portadora de deficiência física; c) acrescentou uma nova agravante na alínea *f* do inc. II do art. 61, no caso de o crime ser praticado com violência contra a mulher na forma da lei específica; d) finalmente, alterou a redação do art. 152 da LEP, passando a prever em seu parágrafo único que, no caso de violência doméstica contra a mulher, o Juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.
- Lei dos Juizados Especiais Criminais: a lei vedou a incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.
- Lesão corporal dolosa leve e a Lei dos Juizados Especiais Criminais: a partir da Lei n. 11.340/2006, o crime de lesão corporal dolosa leve qualificado pela

violência doméstica, previsto no § 9º, deixou de ser considerado infração de menor potencial ofensivo, em face da majoração do limite máximo da pena, o qual passou a ser de três anos. Em tese, seria, ainda, cabível o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da lei), em face do limite mínimo da sanção penal (três meses de detenção), contudo a Lei n. 11.340/2006 passou a dispor, em seu art. 41:

> Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Vedou, assim, por completo, a incidência dos institutos benéficos da Lei n. 9.099/95.

- O direito de representação nos crimes de lesão corporal de natureza leve em decorrência de violência doméstica: não bastasse isso, a lei, ao vedar a incidência da Lei n. 9.099/95, gerou questionamentos no sentido de continuar ou não o crime em estudo a ser de ação penal condicionada à representação da ofendida. Com efeito, dispõe o art. 88 da Lei n. 9.099/95 que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas. Ora, na medida em que a Lei n. 11.340/2006 vedou a incidência das disposições da Lei n. 9.099/95 aos crimes de violência doméstica e familiar, teria o crime de lesão corporal leve qualificado pela violência doméstica passado a ser de ação penal pública incondicionada nos termos do art. 100 do CP? Trata-se de tema que gerará polêmica, na medida em que a própria lei, em seu art. 16, faz expressa menção à ação penal pública condicionada à representação e o art. 12 exige que a autoridade policial tome a representação a termo da ofendida, se apresentada, o que pode levar ao entendimento de que não se pretendeu abolir a representação no crime de lesão corporal leve decorrente de violência doméstica e familiar. No sentido de que a ação penal é pública incondicionada, já deciciu o STJ[3]. Convém mencionar que, se a vítima da violência doméstica prevista no art. 129, § 9º, for indivíduo do sexo masculino (idoso ou menor de idade), a ação penal continuará a ser pública condicionada à representação do ofendido, na medida em que a Lei n. 11.340/2006 não o alcança.
- Penas alternativas: a lei dificultou a aplicação de penas alternativas. Assim dispõe o art. 17 da lei:

> É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica e outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

- Prisão preventiva: com o advento da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, foi criada uma nova hipótese de cabimento do decreto de prisão preventiva, além das hipóteses existentes no art. 313, IV, do CPP, qual seja, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Atualmente, tal autorização legal encontra-se prevista no art. 313, inciso III do CPP, cuja nova redação, dada pela Lei n. 12.403/2011, prevê a ampliação da abrangência do dispositivo para abarcar a violência doméstica ou familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.
- Inquérito policial: a autoridade policial, ao tomar conhecimento da ocorrência de um crime dessa natureza, não deverá lavrar simples termo circunstanciado, em face da vedação da incidência das regras da Lei n. 9.099/95, mas instaurar inquérito policial, independentemente da pena prevista para o crime.
- Providências adotadas pela autoridade policial: o Capítulo II traz regras a serem observadas pela autoridade policial no atendimento da mulher vítima de violência doméstica e familiar.
- Medidas protetivas de urgência: veja arts. 22 e 23 da lei. Obviamente que, para a concessão de tais medidas protetivas de urgência, devem estar presentes os pressupostos para a concessão das medidas cautelares (perigo da demora e aparência de bom direito).
- Ministério Público: atuará como fiscal da lei, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar (art. 25). Também poderá requerer medidas protetivas de urgência em favor da mulher.
- Notificação da ofendida: determina a lei que a ofendida seja notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão.
- Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: prevê ainda a lei, em seu art. 14:

  Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

  Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.
- Competência das varas criminais enquanto não criados os Juizados:

  Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas

> criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente (art. 33, *caput*).

Será garantido, ainda, o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e julgamento de tais causas (veja art. 33, parágrafo único).

13. QUESTÕES DIVERSAS

a) Lesão corporal e o delito de "disparo de arma de fogo" – Lei n. 10.826/2003: concurso de crimes e o princípio da subsidiariedade. Dispõe o art. 15, *caput*, da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que constitui crime punido com reclusão, de dois a quatro anos, e multa,

> disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime.

Tutela-se a incolumidade pública. Trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato. O tipo se integraliza pela mera realização do comportamento nele descrito. De acordo com a nova redação, já não se leva em conta a maior ou menor gravidade da conduta para o fim de estabelecer qual crime deva prevalecer, mas somente a finalidade perseguida pelo autor. Um sujeito que efetua disparos de arma de fogo em direção a uma vítima, com o fim de provocar-lhe lesões corporais de natureza leve, não deverá, assim, responder pelo disparo (mais grave), mas pela infração de menor potencial ofensivo, prevista no art. 129, *caput*, do CP (bem mais branda). O legislador procurou, desse modo, afastar expressamente a incidência do princípio da subsidiariedade, pelo qual deveria prevalecer a infração de maior gravidade, dando preferência ao princípio da especialidade. O que passou a importar é a vontade finalística do agente e não a maior ou menor lesividade do resultado produzido. A lei, assim, trata com maior benevolência quem dispara arma de fogo em direção a uma pessoa específica, com a finalidade de feri-la ou de expô-la a risco, do que quem efetua disparos a esmo. Para evitar esse tratamento desproporcional, entretanto, a melhor solução será interpretar a ressalva como incidente apenas quando o crime-fim, isto é, o resultado perseguido pela vontade finalística do agente, for de maior gravidade do que o disparo de arma de fogo, por exemplo, quando o intuito for ocasionar na vítima lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, homicídio ou infanticídio (CAPEZ, 2005).

Vejamos algumas situações.

- Lesões corporais qualificadas pelo resultado: a infração tipificada no art. 15, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 será subsidiária em relação às lesões de natureza grave ou gravíssima ou mesmo às lesões seguidas de morte, por ser

de menor gravidade, devendo ser considerada parte de um todo. Afasta-se a possibilidade de concurso entre esses crimes porque a própria norma definidora do disparo, expressamente, impõe a sua absorção pelo delito de maior gravidade (subsidiariedade expressa).

- Lesões corporais de natureza leve: nessa hipótese, o delito definido no art. 129, *caput*, é de menor gravidade do que o disparo. Ocorre que, com a transformação dessa contravenção penal em crime punido com reclusão de dois a quatro anos mais multa, este passou a ter mais gravidade do que as lesões corporais de natureza leve. Por essa razão, a infração definida na lei não pode ser considerada simplesmente fase de sua execução. Seria estranho que o "todo" (lesões leves) fosse menos grave do que uma de suas partes integrantes (o disparo). No princípio da subsidiariedade, a norma definidora do fato mais amplo e de mais gravidade (norma primária) absorve a norma que descreve o fato menos grave (norma subsidiária), e não o contrário. Existe, portanto, uma impossibilidade jurídica em considerar absorvidos os disparos. Adotamos o seguinte posicionamento: o mais correto é responsabilizar o agente por ambas as infrações. Devemos considerar que a ação violou objetividades jurídicas distintas e também atingiu momentos consumativos diversos. A ameaça à incolumidade de todos não pode ficar absorvida pela lesão a um ou alguns, salvo se a lei expressamente o determinar. O contrário também não é justo. Sendo assim, o agente deve responder por ambos os crimes em concurso formal imperfeito, somando-se as penas.

b) Lesão corporal e o princípio da insignificância: conforme inicialmente estudado, segundo esse princípio, o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas nem se pode conceber contenham os tipos incriminadores descrição de condutas incapazes de lesar qualquer bem jurídico. Com efeito, se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, quando a lesão, de tão insignificante, se torna imperceptível, não é possível se proceder ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. Não devemos, contudo, confundir delito insignificante ou de bagatela com crimes de menor potencial ofensivo. Nesses últimos, alcançados pela Lei n. 9.099/95 e Lei n. 10.259/2001 e submetidos ao Juizado Especial Criminal, a ofensa não pode ser acoimada de insignificante, pois possui gravidade ao menos perceptível socialmente, não podendo esses crimes ser abrangidos por esse princípio. Aplica-se o princípio da insignificância ao delito

de lesão corporal sempre que a ofensa à integridade física ou à saúde da vítima for considerada mínima, inexpressiva, de modo que se mostre irrelevante para o Direito Penal. Assinala Aníbal Bruno (1979, p. 185) que "não caberia, evidentemente, punir como lesão corporal uma picada de alfinete, um beliscão ou pequena arranhadura, um resfriado ligeiro, uma dor de cabeça passageira". Os Tribunais Superiores têm admitido a incidência do princípio da insignificância no delito de lesão corporal, em especial, quando produzidas equimoses de absoluta inexpressividade em acidente de trânsito (nesse sentido: STF, RHC 66.869, *DJU* de 28-4-1989, p. 6295; STJ, *RSTJ* 59/107-108).

c) Lesão corporal e a Lei de Tortura – Lei n. 9.455/97: a lesão decorrente do emprego de tortura poderá configurar esse crime autônomo, se praticado nas circunstâncias previstas no art. 1º da Lei n. 9.455/97. Prevê, inclusive, o § 3º que, se do emprego de tortura resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 a 10 anos e, se resulta morte, a reclusão é de 8 a 16 anos.

d) Lesão corporal e crime continuado: é admissível a continuidade delitiva no delito de lesão corporal, tendo em vista que o art. 71, parágrafo único, do CP afirma ser possível a continuidade nos crimes dolosos contra vítimas diversas, cometidos com violência contra a pessoa. Se nas mesmas condições de tempo, local, maneira de execução e outras semelhantes são praticadas lesões corporais, uma em seguida à outra, em diversas vítimas, há de ser, assim, reconhecida a continuidade delitiva.

e) Lesão corporal e concurso formal: é admissível o concurso formal no delito de lesão corporal. Dessa forma, se o agente com uma só ação atinge a integridade física ou a saúde de várias pessoas, responderá pelas diversas lesões corporais em concurso formal (art. 70 do CP). Por exemplo, indivíduo que em um só ato despeja, sobre um grupo de pessoas, um recipiente contendo ácido sulfúrico.

14. AÇÃO PENAL

Será pública incondicionada se a lesão for grave (§ 1º), gravíssima (§ 2º), ou seguida de morte (§ 3º). Será pública condicionada à representação do ofendido se for leve (*caput*), ou culposa (§ 6º), de acordo com o art. 88 da Lei n. 9.099/95.

Em se tratando de crimes de trânsito de lesão corporal culposa, previa o art. 291, parágrafo único, do CTB a incidência dos institutos contemplados nos arts. 74 (composição de danos civis), 76 (transação penal) e 88 (representação) da Lei n. 9.099/95. Mencionado parágrafo acabou por ser revogado pela Lei n. 11.705,

de 19 de junho de 2008, a qual introduziu o § 1º ao art. 291, passando a dispor que tais artigos incidirão no crime de lesão corporal culposa, exceto se o agente estiver: "I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora)". Em tais situações, serão vedados os aludidos benefícios da Lei dos Juizados Especiais Criminais e deverá ser instaurado inquérito policial, não cabendo mais o termo circunstanciado (§ 2º).

1 "1. A Lei 11.340/2006 buscou proteger não só a vítima que coabita com o agressor, mas também aquela que, no passado, já tenha convivido no mesmo domicílio, contanto que haja nexo entre a agressão e a relação íntima de afeto que já existiu entre os dois. 2. A conduta atribuída ao ex-companheiro da vítima amolda-se, em tese, ao disposto no art. 7º, inciso I da Lei 11.340/2006, que visa a coibir a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal da mulher, a violência psicológica e a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria" (STJ, 3ª S., CC 102.832/MG, rel.Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25-3-2009, *DJe* 22-4-2009). "1. A Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Contudo, necessário se faz salientar que a aplicabilidade da mencionada legislação a relações íntimas de afeto como o namoro deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo – relação íntima de afeto – para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. 2. *In casu*, verifica-se nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da Lei n.11.340/2006. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG" (STJ, 3ª S., CC 100.654/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-3-2009, *DJe* de 13-5-2009).

2 "1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei n. 11.340/2006, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. 2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. 2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei n. 11.340/2006. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado" (STJ, 3ª S., CC 88.027/MG, rel. Min. Og Fernandes, j. em 5-12-2008, *DJe* de 18-12-2008). "1. Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre

namorados não configura hipótese de incidência da Lei n. 11.340/2006, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade. 2. Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação. 2. No caso, não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da Penha. Sendo o motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúme da namorada, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei n. 11.340/2006. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG" (STJ, 3ª S., CC 96.533/MG, rel. Min. Og Fernandes, j. 5-12-2008, *DJe* de 5-2-2009).

3 "1. Esta Corte, interpretando o art. 41 da Lei n. 11.340/2006, 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* de 24-11-2008). 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. 3. Ante a inexistência da representação como condição de procedibilidade da ação penal em que se apura lesão corporal de natureza leve, não há como cogitar qualquer nulidade decorrente da não realização da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006, cujo único propósito é a retratação. 4. Ordem denegada, em que pese o parecer ministerial em contrário" (STJ, 5ª T., HC 91.540/MS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 19-2-2009, *DJe* de 13-4-2009).

CAPÍTULO III – DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE DE OUTREM

Aspectos gerais – perigo e dolo

1. ESPÉCIES DE CRIME DE PERIGO

a) Crime de perigo concreto: é o perigo que deve ser demonstrado caso a caso. É aquele cuja caracterização virá pela efetiva comprovação de que a conduta do agente trouxe, realmente, a probabilidade do dano ao objeto jurídico protegido.

b) Crime de perigo abstrato: é o perigo presumido. Os crimes de perigo abstrato terão a sua configuração com a mera prática da conduta típica pelo agente, sem a demonstração do risco efetivamente trazido. Por exemplo: crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime.

c) Crime de perigo individual: é o perigo que atinge determinadas pessoas (arts. 130 a 136 do CP).

d) Crime de perigo comum ou coletivo: é aquele que diz respeito a um número indeterminado de pessoas (afeta a incolumidade pública; veja os delitos previstos nos arts. 250 a 285 do CP).

e) Crime de perigo atual: é a possibilidade presente de ocorrência de dano.

f) Crime de perigo iminente: é aquele que está prestes a acontecer.

g) Crime de perigo futuro ou mediato: é aquele que pode advir da conduta, por exemplo, porte de arma de fogo, formação de quadrilha ou bando.

2. ESPÉCIES DE DOLO

a) Dolo de perigo: é a vontade de criar apenas a situação de risco, de ameaça à integridade do objeto jurídico, e não a sua efetiva vulneração ou sacrifício.

b) Dolo de dano: o agente visa, de maneira direta ou eventual, ao atingimento, vulneração ou sacrifício do bem ou interesse penalmente relevante.

Art. 130 – Perigo de contágio venéreo

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Sob a epígrafe “Perigo de Contágio Venéreo”, contempla o CP o primeiro crime de perigo individual. Busca o legislador, por meio dessa criminalização, evitar e sancionar o contágio e a consequente propagação de doenças venéreas, pois elas colocam em risco a saúde do indivíduo e de todo o meio social.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se por meio desse dispositivo legal a incolumidade física e a saúde do indivíduo. Trata-se de um interesse de ordem pública, na medida em que interessa ao Estado zelar pela saúde de cada indivíduo integrante do corpo social. O consentimento da vítima é irrelevante, pois ela não tem disponibilidade sobre o objeto protegido pela norma penal.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear – meios executórios

A ação nuclear da figura típica é o verbo "expor", que significa, segundo o *Novo Dicionário Aurélio*, colocar em perigo, arriscar, a vida do indivíduo. A exposição ao contágio de moléstia venérea se dá, consoante a lei, por meio de relações sexuais, abrangendo não só a conjunção carnal como qualquer outro ato de libidinagem (por exemplo, sexo oral, coito anal). É crime de conduta vinculada, de modo que se o contágio venéreo se der por outro meio que não o ato sexual (por exemplo, uso de objetos pessoais) haverá deslocamento para outra figura típica (arts. 131 ou 132). É necessário que haja contato corpóreo entre autor e vítima, de maneira que aquele possa transmitir diretamente a doença para esta.

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, homem ou mulher, portadora de moléstia venérea pode ser sujeito ativo do crime em questão, pois se trata de crime comum. Pode, inclusive, ocorrer o crime entre marido e mulher.

3.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa. É irrelevante que saiba ou possa saber da contaminação do autor e, a despeito, empreste seu consentimento à prática sexual, ainda que seja alertada pelo próprio autor; isso porque a objetividade jurídica tutelada é de ordem pública, supraindividual. A prostituta também pode ser vítima desse crime.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

O artigo em estudo prevê três modalidades distintas do delito de perigo de contágio venéreo, de acordo com o elemento subjetivo. Vejamos:

a) Dolo direto de perigo: consta da primeira figura descrita no *caput* ("sabe que está contaminado"). Aqui, o agente tem pleno conhecimento de que é portador de doença venérea e mesmo assim pratica ato sexual com a vítima,

consciente de que com tal ação estará criando uma situação concreta de perigo de contágio de moléstia venérea.

b) Dolo eventual de perigo: consta da segunda figura descrita no *caput* ("deve saber que está contaminado"). Divide-se a doutrina quanto a esse aspecto, pois para a maioria a expressão "deve saber" indica um crime culposo. Nesse sentido: Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 80) e Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 405). De outra parte, há aqueles que interpretam a expressão "deve saber" como "dolo eventual". Compartilham desse entendimento Celso Delmanto et al. (2000, p. 130), Damásio de Jesus (2000a, p. 130) e Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 210).

c) Dolo direto de dano: consta da figura descrita no § 1º ("se é intenção do agente transmitir"). Trata-se, aqui, de um crime de perigo com dolo de dano. Conforme vimos na alínea *a*, no dolo de perigo direto o agente quer tão somente criar a situação de perigo, mas não a efetiva transmissão da moléstia. Ao contrário, nesse § 1º, o agente, consciente de que é portador de moléstia grave, pratica ato sexual com a vítima com a intenção de efetivamente transmitir a moléstia. Ele não quer tão só a exposição a perigo de contágio de moléstia. Ele quer efetivamente o contágio. Essa especial intenção exigida pela norma exerce a função de qualificar o crime em estudo, com a consequente majoração da pena (reclusão, de um a quatro anos, e multa). O especial fim de agir exerce também a função de elemento subjetivo do tipo.

Questão: e se o agente age com dolo eventual de dano quanto ao efetivo contágio da moléstia venérea, uma vez que o § 1º se refere ao dolo direto de dano? Segundo Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 405-406), deverá a sua conduta ser enquadrada no art. 130, *caput*, do CP, uma vez que "o § 1º exige a intenção de dano (vontade dirigida incondicionalmente ao evento 'contágio'). Não prevalece, aqui, a equiparação entre o dolo direto e o dolo eventual (art. 15, no atual CP, art. 18)".

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Dá-se a consumação com a prática de relações sexuais ou atos libidinosos capazes de transmitir a moléstia venérea. Não é necessário contágio, basta a exposição, a criação de perigo de contágio, inclusive na hipótese do § 1º.

Se da conduta perigosa sobrevier resultado danoso (a contaminação), teremos as seguintes hipóteses:

a) Se o dolo era de dano (§ 1º) e o sujeito efetiva o contágio, subsiste o crime

do art. 130, § 1º.

b) Se o dolo era de dano (§ 1º) e o sujeito efetiva o contágio, sobrevindo um dos resultados do art. 129, § § 1º e 2º, responderá o agente pelo delito de lesão corporal grave ou gravíssima (JESUS, 2000a, p. 439), pois a pena aqui prevista é superior à pena prevista para o delito de perigo.

c) Se o dolo era de perigo (*caput*), havendo mera previsibilidade acerca do evento danoso, subsiste o crime em estudo (art. 130, *caput*, do CP). É que, segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves (1999a, p. 66),

> por se tratar de dolo de perigo, conclui-se que o agente não queria transmitir a doença e, assim, poderia, no máximo, responder por lesão corporal culposa que, entretanto, fica afastada por ter a pena menor que o crime de perigo.

Se, além de contágio, sobrevier a morte da vítima, hipótese essa não prevista pelo CP, teremos as seguintes situações, de acordo com a intenção do agente:

a) Se a intenção era de, contaminando, matar, haverá crime de homicídio doloso. Nessa hipótese há o *animus necandi*. A transmissão de moléstia venérea, no caso, é um meio de execução do delito de homicídio. O agente não quer tão somente a contaminação, mas, sim, que por meio dela seja causado o óbito da vítima.

b) Se a intenção era de apenas contaminar (§ 1º – dolo de dano), mas a morte era um resultado previsível, haverá o crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP).

c) Se houve a contaminação por um ato culposo do qual decorreu a morte da vítima, responderá o agente pelo delito de homicídio culposo condicionado à previsibilidade do evento letal.

6. TENTATIVA

A doutrina reconhece a possibilidade de tentativa nos crimes dolosos de perigo, desde que o crime apresente um *iter* que possa ser cindido. Haverá tentativa na hipótese em que o agente, querendo manter relação sexual com a vítima, não consegue realizá-la. A tentativa é possível, principalmente na hipótese do § 1º, em que há o dolo direto de dano.

7. FORMAS

7.1. Simples

A forma simples do delito de perigo de contágio venéreo está prevista no *caput* do art. 130 do CP e foi estudada nas alíneas *a* e *b* do tópico “Elemento Subjetivo”. A pena prevista para o delito em questão é de detenção, de três

meses a um ano, ou multa.

7.2. Qualificada

A forma qualificada está prevista no § 1º do art. 130 do CP e, igualmente, foi analisada na alínea *c* do tópico "Elemento Subjetivo". É importante, contudo, destacarmos novamente que o especial fim de agir exigido pela norma, qual seja a intenção do agente de transmitir a moléstia, além de configurar elemento subjetivo do tipo, qualifica o crime em questão, acarretando o aumento da pena do tipo básico (reclusão, de um a quatro anos, e multa). Importante frisar ainda que o efetivo contágio não é necessário para a consumação do delito; se ocorrer, contudo, a hipótese continuará sendo a do § 1º, pois será considerado mero exaurimento do crime em tela.

7.3. Culposa

Sobre a questão da modalidade culposa, veja comentários ao tópico 4, "Elemento Subjetivo".

8. CONCURSO DE CRIMES

É possível haver concurso formal com os crimes contra a dignidade sexual (arts. 213 e s., com as modificações operadas pela Lei n. 12.015/2009), podendo, inclusive, existir duplicidade de desígnios (um de dano e outro de perigo) autônomos, desde que eles se dirijam ao atingimento (real, de dano, ou potencial, de perigo) de objetos jurídicos distintos, ficando, então, afastada a subsidiariedade dos crimes de perigo.

9. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Trata-se de crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal. A representação constitui condição objetiva de procedibilidade. Sem a representação do ofendido não se pode dar início à persecução penal. Ressalte-se que nem sequer o inquérito policial poderá ser instaurado sem a permissão da vítima (art. 5º, § 4º, do CPP).

Art. 131 – Perigo de contágio de moléstia grave

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela o Código Penal, por meio do crime "perigo de contágio de moléstia grave", a saúde e a incolumidade física das pessoas.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo é “praticar” ato capaz de produzir o contágio de moléstia grave. Ao contrário do art. 130, o tipo penal não exige a prática de relações sexuais como meio de transmissão da moléstia. Trata-se, aqui, de crime de forma livre. A contaminação pode se dar por diversos meios: beijo, instrumentos, injeções, nada impedindo, contudo, que a transmissão também ocorra por meio de relações sexuais, desde que a moléstia não seja venérea. Pode caracterizar a conduta não só o emprego de meios diretos, como o contato físico, mas também de indiretos, como o uso de utensílios pessoais previamente infectados. A contaminação de moléstia venérea grave e realizada por outro meio que não o ato sexual configura o delito em tela.

A lei, aqui, refere-se a moléstia grave, ao contrário do art. 130, que faz menção a moléstia venérea. Desse modo, tipifica o crime em estudo a prática de qualquer ato capaz de transmitir moléstia grave. Essa moléstia há de ser contagiosa. São consideradas moléstias graves e contagiosas, por exemplo, febre amarela, tuberculose e AIDS. Nem sempre, contudo, a transmissão desse último vírus configurará o delito em questão, pois, dependendo do elemento subjetivo que anima o agente, poderemos estar diante de outros crimes (como homicídio).

2.2. Sujeito ativo

Sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, contaminada por moléstia grave e contagiosa.

2.3. Sujeito passivo

Sujeito passivo do delito pode ser qualquer pessoa, desde que não infectada com a mesma moléstia; do contrário, estaremos diante de um crime impossível (art. 17 do CP).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

Para a configuração do tipo penal em tela, não basta a mera consciência e vontade do agente molestado de praticar ato capaz de produzir o contágio, pois o tipo penal exige, além dessa vontade genérica, uma finalidade especial escrita explicitamente no modelo legal, qual seja “com o fim de transmitir a outrem a moléstia grave”. Ausente essa finalidade, não há o enquadramento legal da conduta ao tipo penal.

Desse modo, no tipo penal em estudo, há o dolo direto de dano acrescido do fim especial de agir “com o fim de transmitir”. Não se admite, na espécie, o dolo eventual de dano, em face de sua incompatibilidade com elemento subjetivo do tipo.

4. MOMENTO CONSUMATIVO

Ocorre com a prática do ato capaz de produzir o contágio, aliada à intenção de transmitir a moléstia grave. Embora inserido nesse capítulo, na realidade, não é crime de perigo. É delito formal, em que não se exige necessariamente que o agente consiga o efetivo contágio. Nesse sentido lecionam Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 411):

> Tal como na hipótese do § 1º do art. 130, não se trata aqui, propriamente, de um crime de perigo, mas de um crime formal ou de consumação antecipada, é uma tentativa de lesão corporal grave, especialmente punida como crime *sui generis* ou autônomo.

E se, da prática do ato capaz de produzir o contágio de moléstia grave, este efetivamente sobrevém?

A transmissão efetiva da moléstia acarreta mero exaurimento do crime. Importante notar que, se do efetivo contágio da moléstia grave advier a produção de um dos resultados do art. 129, § § 1º e 2º, o agente responderá pelo delito de lesão corporal grave ou gravíssima. Quanto às lesões leves, restam absorvidas pelo delito em estudo (JESUS, 2000a, p. 440-441).

E se do efetivo contágio sobrevém morte da vítima?

Quanto ao resultado morte produzido pela contaminação da moléstia grave, o agente responderá, se teve a intenção de matar, por homicídio tentado ou consumado, conforme ocorra ou não a morte. Se não houver esse ânimo, mas a vítima vier a falecer, ocorrerá lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP), desde que esse evento seja previsível. Também responderá pela lesão corporal seguida de morte se atuar com dolo eventual com relação ao contágio. Se a contaminação decorreu de um ato culposo do qual adveio morte da vítima, responderá o agente pelo delito de homicídio culposo (JESUS, 2000a, p. 440-441).

5. TENTATIVA

A tentativa é inadmissível quando o ato com que se pretende o contágio é único. Se houver vários atos, ela será possível.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está descrita no *caput*.

6.2. Culposa

Não há forma culposa do delito em estudo. Desse modo, se o agente, de modo imprudente, realiza ato capaz de transmitir moléstia grave, não responderá pelo

delito em questão ante a falta de previsão legal. Nada impede, contudo, que responda pelo delito de lesões corporais culposas se houver o efetivo contágio.

7. CONCURSO DE CRIMES

Se, além do potencial atingimento da vítima, o agente desejar a causação de uma epidemia, pode se apresentar, em concurso, a figura do art. 267 do CP (crime de perigo coletivo ou comum, que põe em risco um número indeterminado de vítimas).

8. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, pois independe de representação do ofendido ou de seu representante legal.

Art. 132 – Perigo para a vida ou saúde de outrem

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O art. 132 do CP encerra uma verdadeira fórmula genérica dos crimes de perigo constantes do Capítulo III, de modo que, se não houvesse a especial incriminação das condutas abrigadas nos demais artigos do capítulo, haveria a subsunção de tais condutas à figura penal aqui estudada (NORONHA, 1994, v. 2, p. 84).

Trata-se de delito de caráter eminentemente subsidiário, por expressa disposição contida em seu preceito secundário: “(...) se o fato não constitui crime mais grave”. Se praticado crime de maior gravidade, ele absorverá, assim, o crime de perigo em tela. Da mesma forma, não incidirá o crime em questão, ainda que a pena prevista seja maior, se o fato puder ser enquadrado em algum crime específico, como o de maus-tratos (art. 136 do CP).

2. OBJETO JURÍDICO

Conforme expressa disposição legal, tutela-se o direito à vida e à saúde das pessoas. Trata-se de objeto jurídico indisponível, de modo que o consentimento da vítima na sua violação é irrelevante, não exclui o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo penal é o verbo “expor”, que significa colocar em perigo a vida ou a saúde de outrem. Trata-se de crime de forma livre, podendo a exposição a perigo ser realizada por meio de conduta comissiva ou omissiva. O perigo deve ser direto, isto é, deve ocorrer em relação a pessoa determinada.

Dessa forma, exige-se a prova da existência de perigo concreto contra uma ou determinadas pessoas. Deve também o perigo ser iminente, isto é, imediato, aquele prestes a se convolar em dano. A possibilidade futura de ocorrência de perigo descaracteriza o delito em tela.

Note-se que a ação física desencadeada pelo sujeito ativo não visa causar nenhum dano em alguém, mas simplesmente criar uma situação da qual resulte uma ameaça de lesão para a vida ou para a saúde do sujeito passivo.

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em estudo. Note-se que, ao contrário dos crimes previstos nos arts. 133 (abandono de incapaz), 134 (exposição ou abandono de recém-nascido) e 136 (maus-tratos), cuja característica é a existência de vinculação jurídica entre o sujeito ativo e o passivo, no crime em tela não há qualquer relação jurídica entre ambos.

3.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa. Apenas se exige que o sujeito passivo seja determinado, pois o crime ora tratado é pacificamente havido como de perigo individual. Se não o for, há crime de perigo comum (arts. 250 e s. do CP). A jurisprudência já se manifestou no sentido de que a utilização de cerca energizada para afugentar ladrões (ofendículo), por causar perigo a pessoas indeterminadas, não configura o crime do art. 132 do CP, pois ele exige vítima certa, à qual o réu esteja visando. Há, contudo, decisão em sentido contrário (no sentido de que o ofendículo não configura o crime do art. 132 do CP: TJSC, *JCAT* 70/394; TACrimSP, *RT* 550/365; em sentido contrário: TARS, *JTARS* 60/110 [MIRABETE, 1999, p. 740].

Ressalte-se que certos profissionais não se incluem no rol das vítimas, pois o perigo é inerente a sua atividade (bombeiros, policiais, médicos). Nas hipóteses em que não forem proporcionados a esses profissionais especial conhecimento técnico e aparato de proteção, o delito em estudo poderá estar configurado.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo é o dolo de perigo, consistente na consciência e vontade de expor a perigo. Pode ser direto, em que a vontade do agente se direciona no sentido de criar a situação de perigo, ou eventual, em que, embora não queira diretamente essa situação, o agente assume o risco do evento perigoso. Praticam, assim, o crime, com dolo eventual, avó e mãe de menor que, por motivos religiosos (Testemunhas de Jeová), não autorizam urgente transfusão de sangue

prescrita em caso de anemia (nesse sentido: TACrimSP, *RT* 647/302).

O delito em questão, portanto, não é informado pelo *animus necandi* nem pelo *animus laedendi*, de modo que, se o agente praticar o delito com a intenção de causar dano à pessoa (dolo de dano), o crime será outro (tentativa de homicídio ou lesão dolosa).

O fato não é punível a título de culpa.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

A consumação do crime em estudo dá-se com a produção efetiva do perigo. Trata-se de delito de perigo concreto, que deve ser demonstrado caso a caso. Os crimes de perigo concreto, conforme visto, são aqueles cuja caracterização ocorre com a efetiva comprovação de que a conduta do agente trouxe, realmente, a probabilidade do dano ao objeto jurídico protegido.

6. TENTATIVA

Em tese, é possível a tentativa, mas somente na modalidade comissiva, jamais na omissiva.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está descrita no *caput*. Para melhor compreensão do tema, consulte o tópico 3.

7.2. Culposa

Não há previsão da modalidade culposa do delito de perigo para a vida ou saúde de outrem. Poderá o agente responder por crime culposo se sobrevier dano à vítima (lesão corporal ou homicídio culposo).

8. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 132, PARÁGRAFO ÚNICO)

A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição a perigo de vida ou saúde de outrem decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais (parágrafo único, acrescentado pela Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998). A finalidade primordial dessa majoração é coibir o transporte em condições irregulares dos chamados boias-frias, evitando-se com isso os acidentes que geralmente acontecem. O transporte a que a lei se refere é o veículo motorizado, sujeito às disposições do Código de Trânsito Brasileiro (ônibus, caminhões etc.). Exige o tipo que as pessoas sejam transportadas para prestarem serviços em estabelecimento de qualquer natureza.

9. CONCURSO DE CRIMES

Nada impede que incida a regra do concurso formal (art. 70 do CP) na hipótese em que, por exemplo, o patrão, ciente de que deve zelar pela segurança de seus funcionários, omite-se no fornecimento de equipamentos de segurança para cinco trabalhadores de uma mina de carvão, expondo a vida ou a saúde deles a perigo direto e iminente. Veja: com uma única conduta omissiva, o agente criou o risco para a vida e a saúde de várias pessoas perfeitamente individualizadas. Não há como, no caso, afastar-se a regra do concurso formal. Há, inclusive, decisão do TACrimSP admitindo o concurso formal no crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (nesse sentido: *RJTACrimSP* 7/141; *JTACrimSP* 25/270, 41/209; em sentido contrário: *RT* 536/341 [MIRABETE, 1999, p. 747]).

10. CRIME DE PERICLITAÇÃO DA VIDA OU SAÚDE DE OUTREM E O DELITO DE "DISPARO DE ARMA DE FOGO" DA LEI N. 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003

Prevê o art. 15, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 o delito de "disparo de arma de fogo", cujo teor é o seguinte:

> Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Segundo o parágrafo único desse artigo, trata-se de crime inafiançável. Passemos à análise:

a) Objetividade jurídica: tutelam-se a incolumidade pública, a manutenção da tranquilidade de um número indeterminado de pessoas, presumivelmente turbada com a mera realização das condutas descritas.

b) Sujeito passivo: a coletividade, representada por um número indeterminado de pessoas.

c) Conceito de munição: essa expressão compreende o projétil, a cápsula, a pólvora etc. Em regra, os artefatos explosivos não são alcançados pela descrição típica. Continua em vigor, assim, o crime descrito no art. 251 do CP (explosão). Ressalvam-se os casos em que a munição possua propriedades capazes de gerar explosão, como é o caso da pólvora.

d) Subsidiariedade: trata-se de tipo subsidiário, por expressa disposição nele contida. Trata-se, também, de crime de perigo presumido ou abstrato.

e) Conflito de normas: antes do advento da Lei n. 9.437/97, a qual foi revogada pela Lei. n. 10.826/2003, tínhamos a seguinte situação:

- Se o agente desfechava tiros em direção a pessoa determinada com o

propósito de expor sua vida ou saúde a perigo direto e iminente, incidia na figura típica do art. 132 do CP.

- Se o disparo era feito a esmo ou para cima, configurava mera contravenção penal e, nessa qualidade, subsidiária em relação ao delito do art. 132 do CP, ou seja, o tipo contravencional era acionado como soldado de reserva.

Com a entrada da Lei n. 9.437/97 e, posteriormente, da Lei n. 10.826/2003, tudo mudou. Suponhamos que o agente tenha feito um disparo em direção a uma pessoa, com nítida intenção de expor sua vida ou saúde a um risco iminente de lesão. Sem dúvida alguma, incorreu no art. 15, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, uma vez que realizou a ação de "disparar arma de fogo". Não importa se atirou dentro de casa habitada ou em via pública, pois em qualquer desses casos haverá a subsunção típica. Não importa que o agente quisera expor a vida de apenas uma pessoa determinada. O tipo contenta-se com a produção do disparo para seu aperfeiçoamento, sendo presumido *juris et de jure* o perigo. Por isso, encontrando dupla adequação, deve-se seguir a letra expressa do art. 132 do CP, que manda não aplicar o dispositivo em havendo crime mais grave.

f) Concurso de crimes: não será possível, pois se trata de duas infrações de perigo, com objetividades jurídicas bastante próximas. Em uma, tutela-se a incolumidade individual (art. 132 do CP); na outra, a coletiva, que se presume ameaçada com a mera conduta de detonação dos projéteis (art. 15 da Lei n. 10.826/2003). Nada impede que o perigo à coletividade (contra todos) absorva o perigo individual (contra apenas um). Também incabível o concurso formal, pois ele levaria a dupla apenação (estar-se-ia punindo duas vezes o disparo devido à exposição do perigo) e afrontaria a subsidiariedade expressa do art. 132 do CP, que manda não aplicar a norma.

g) Conclusão: o art. 132 do CP subsiste para alcançar todas as outras formas de exposição de vítima determinada a risco direto e iminente de dano. A amplitude permanece vasta, compreendendo o uso de arma branca ou de arremesso. Quando a exposição a perigo se der por meio do uso de veículo automotor, tal conduta não será abrangida pela norma do art. 132 do CP, mas pelas normas do Código de Trânsito Brasileiro. Vejamos os comentários logo em seguida.

11. CRIMES DE PERIGO PREVISTOS NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – LEI N. 9.503/97

O Código de Trânsito Brasileiro dispõe sobre os crimes cometidos na direção de veículo automotor. Esses crimes dizem respeito tanto à produção de um

resultado danoso (por exemplo, lesão corporal e homicídio culposos) quanto à produção de uma situação de perigo. Os procedimentos praticados na condução de veículo automotor que produzam uma situação de perigo para a vida ou para a saúde de outrem poderão, assim, ser enquadrados em um dos tipos penais específicos previstos no Código de Trânsito Brasileiro. Esses crimes, via de regra, têm por objeto jurídico principal a segurança viária, que é colocada em risco com a prática de uma das condutas criminosas relacionadas pela legislação especial (CAPEZ; GONÇALVES, 1998, p. 31).

12. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 133 – Abandono de incapaz

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O crime de abandono de incapaz e o crime de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134 do CP) estão previstos em tipos autônomos. Segundo a doutrina, o art. 133 prevê o tipo básico, fundamental, ao passo que o art. 134 prevê uma figura privilegiada, em decorrência da previsão do "motivo de honra" (JESUS, 2000a, p. 444).

O crime de abandono de incapaz é um crime de perigo concreto em decorrência do próprio verbo empregado na figura criminosa, qual seja "abandonar", que exige um risco efetivo, real.

2. OBJETO JURÍDICO

Segundo Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 87),

> escreve-se a espécie no título dos crimes contra a pessoa, donde a proteção desta é o escopo do artigo. É ainda a defesa da vida e da saúde que se tutela, como bem claro deixa a denominação do Capítulo III. Objetividade jurídica, portanto, é o interesse relativo à segurança do indivíduo, que, por si, não se pode defender ou proteger, preservando sua incolumidade física.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

Abandonar significa deixar a vítima sem assistência, ao desamparo. O crime pode realizar-se por meio de uma conduta comissiva (conduzir um incapaz até uma floresta, abandonando-o), como também por meio de uma conduta omissiva (babá que abandona o emprego, deixando as crianças, que estavam sob a sua assistência, à própria sorte). Não basta para configuração do crime o simples abandono do incapaz; o abandono deve criar uma situação de perigo concreto para a vítima, incumbindo ao Juiz analisar em cada caso tal situação. Da mesma

forma, inexiste o crime na hipótese em que o agente fique na espreita, vigiando a vítima, aguardando que terceiros a recolham. Observe-se que nesse caso nem mesmo há o dolo de expor o incapaz a uma situação de perigo para a sua vida ou saúde. Também não constitui abandono a hipótese em que o próprio assistido se furta aos cuidados daquele que tem o dever de lhe prestar assistência.

3.2. Sujeito ativo

O crime em tela somente pode ser cometido por aquele que tenha o indivíduo sob o seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade. O crime é próprio, exigindo a descrição típica que exiba ao agente especial vinculação com o sujeito passivo, inserida no dever de assistência que o primeiro tem em relação ao segundo. O dever de assistência pode decorrer de lei, de contrato ou de fato (lícito ou mesmo ilícito). Damásio de Jesus (2001b, p. 146) ensina:

> Cuidado é a assistência eventual. Exemplo: o enfermeiro que cuida de pessoa portadora de doença grave. Guarda é a assistência duradoura. Exemplo: menores sob a guarda dos pais. Vigilância é a assistência acauteladora. Exemplo: guia alpino em relação ao turista. Autoridade é o poder de uma pessoa sobre a outra, podendo ser de direito público ou de direito privado.

Se inexiste o dever de assistência, ou seja, se a vítima não estava sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do agente, não há que se falar no crime de abandono de incapaz, podendo o agente responder por outro delito, como omissão de socorro (art. 135 do CP).

3.3. Sujeito passivo

É sujeito passivo do delito em estudo qualquer pessoa que esteja sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do sujeito ativo e que por qualquer motivo seja incapaz de defender-se dos riscos advindos do abandono. A incapacidade não é a civil, podendo ser corporal ou mental, durável ou temporária. Pode também ser absoluta (inerente à condição da vítima, uma criança, um ancião, um alucinado, um cego) ou relativa (decorrente do lugar, do tempo, das circunstâncias do abandono da vítima, deixada à própria sorte enquanto embriagada, enferma, amarrada). É inoperante o consentimento do ofendido, dada a indisponibilidade do bem jurídico protegido.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do crime de incapaz é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de abandonar a vítima, de modo a expor a perigo sua vida ou saúde. Admite-se o dolo tanto na modalidade direta quanto na eventual. Se, com o abandono, o que se deseja é a morte da vítima, a presença do *animus necandi* determinará o deslocamento do tratamento típico para aquele do homicídio

tentado (ou, na ocorrência da morte, consumado). Se o abandono é realizado em local absolutamente deserto, pode haver, assim, o dolo eventual de homicídio.

Lembre-se que todos os elementos (normativos, objetivos, subjetivos) integrantes do tipo penal devem ser abrangidos pelo dolo. O desconhecimento justificável do sujeito ativo no tocante ao seu dever de assistência (que é elemento constitutivo do tipo penal) para com o sujeito passivo exclui o dolo e, portanto, o crime em tela, incidindo na hipótese as regras do erro de tipo (art. 20 do CP).

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Consuma-se o delito com o abandono do incapaz, desde que haja perigo concreto para a sua vida ou a sua saúde. Não há que se falar, assim, em exclusão do crime na hipótese em que o agente temporariamente abandona o assistido, vindo a retomar posteriormente a sua posição de garantidor. Nada impede, contudo, que no caso incida o instituto do arrependimento posterior (art. 16 do CP).

Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, ou seja, o crime de abandono de incapaz consuma-se em um dado instante (como o abandono), mas seus efeitos perduram no tempo, independentemente da vontade do agente, uma vez que o resultado produzido pela conduta subsiste sem precisar ser sustentado por ele. Cumpre não confundir com o crime permanente, pois neste há a manutenção da conduta criminosa, por vontade do próprio agente, por exemplo, delito de sequestro.

6. TENTATIVA

Conforme estudamos anteriormente, a tentativa é admissível nos crimes de perigo, desde que o delito seja praticado na modalidade comissiva, de modo a haver um *iter criminis* a ser fracionado.

7. FORMAS

7.1. Simples

É a figura descrita no *caput*.

7.2. Qualificada

São as figuras descritas nos § § 1º e 2º. O legislador prevê a majoração da pena em duas hipóteses:

a) Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave (pena: reclusão, de um a cinco anos).

b) Se do abandono resulta morte (pena: reclusão, de 4 a 12 anos). Ambas são formas preterdolosas. O resultado agravador não é desejado pelo agente, nem mesmo eventualmente, mas lhe é imputado a título de culpa, se previsível. A falta de previsibilidade quanto ao resultado danoso exclui a qualificadora.

7.3. Culposa

Não há previsão da modalidade culposa do delito em estudo. Se o agente, no entanto, abandonar culposamente o incapaz e sobrevier a morte deste ou a ocorrência de lesões corporais, deverá ele responder pelos delitos de homicídio ou lesão corporal na modalidade culposa.

8. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O § 3º prevê três circunstâncias que agravam a pena:

a) Se o abandono ocorre em lugar ermo (inc. I): lugar ermo é aquele local não frequentado, solitário, isolado, o que representa um perigo maior para o incapaz que é nessas circunstâncias abandonado, ante a especial dificuldade de ser socorrido. Para a incidência dessa causa de aumento, exige a doutrina que o lugar seja habitualmente solitário e não acidentalmente. Conforme, novamente, a doutrina, o local deve ser relativamente ermo, pois, se for absoluta a solidão, poderá constituir meio de execução do crime de homicídio.

b) Se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima (inc. II): a doutrina sustenta a taxatividade desse rol legal, não se admitindo a analogia para incluir outros entes tais como sogro, genro, primo. Ressalte-se que a expressão “descendente” abrange igualmente todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, em face do comando constitucional inserto no art. 227, § 6º. No tocante aos companheiros, unidos pelos laços da união estável, o art. 226, § 3º, da CF reconhece expressamente a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, de modo que estão incluídos nesse rol legal, pois são equiparados constitucionalmente aos cônjuges. Não se trata de interpretação extensiva da norma penal, ou seja, de analogia *in malam partem*, mas sim de mera declaração do seu exato conteúdo de acordo com o texto constitucional. Vale mencionar que, recentemente, o Plenário do STF reconheceu como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo (ADPF n. 132, cf. Informativo do STF n. 625, Brasília, 2 a 6 de maio de 2011). Observe-se que a incidência dessa majorante afasta a incidência da agravante genérica prevista no art. 61, II, *e*, do CP (ter o agente cometido o crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge), sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

c) Se a vítima é maior de 60 anos (inc. III): o art. 110 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), acrescentou uma nova causa especial de aumento de pena ao § 3º do art. 133, qual seja a pena do abandono de incapaz ser aumentada de um terço se o crime for praticado contra pessoa maior de 60 anos.

9. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, que independe de representação da vítima ou de seu representante legal.

Art. 134 – Exposição ou abandono de recém-nascido

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Contempla o CP no art. 134 o crime de "exposição ou abandono de recém-nascido" que, segundo os doutrinadores, constitui uma forma privilegiada do delito de abandono de incapaz (art. 133 do CP), em face do especial motivo que impele o agente a praticar o crime: *ocultar desonra própria.*

2. OBJETIVIDADE PRÓPRIA

Tutelam-se a vida e a saúde do recém-nascido, sua incolumidade pessoal.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

São ações nucleares os verbos "expor" ou "abandonar". Ambos os verbos significam deixar o recém-nascido sem assistência, ao desamparo. O primeiro verbo exprime uma conduta ativa, o recém-nascido é removido do local onde lhe é prestada a assistência para outro diverso em que esta inexiste, ao passo que o segundo exprime uma conduta omissiva, em que o sujeito ativo, sem remover a vítima para outro local, deixa de prestar-lhe a devida assistência. Trata-se aqui do abandono físico. Se o abandono for moral, poderá constituir crime contra a assistência familiar (arts. 244 e 247 do CP).

A exposição ou o abandono do recém-nascido deve criar uma situação de perigo concreto, que necessita ser comprovada.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. O sujeito ativo do delito em tela é a mãe, solteira, adúltera, viúva, que concebeu fora do matrimônio. A doutrina admite que o pai que abandone recém-nascido para ocultar incesto ou relação adulterina possa ser sujeito ativo do delito em tela (JESUS, 2000a, p. 446; MIRABETE, 1999, p.

751; HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 437; NORONHA, 1994, v. 2, p. 91). Em sentido contrário: Celso Delmanto et al. (2000); Cezar Roberto Bitencourt (2001, v. 2, p. 273).

A prostituta não pode ser sujeito ativo desse delito, devendo responder por abandono de incapaz (art. 133 do CP).

3.3. Sujeito passivo

O sujeito passivo do delito em questão é o recém-nascido, ao contrário daquele do art. 133, que pode ser qualquer incapaz. O indivíduo é considerado recém-nascido até a queda do cordão umbilical. Nesse sentido: Damásio de Jesus (2000a, p. 446) e Mirabete (1999, p. 751).

4. CONCURSO DE PESSOAS

O motivo de honra constitui elementar do tipo, de modo que o terceiro que concorrer para a exposição ou abandono de recém-nascido pelo genitor responderá como coautor ou partícipe do crime em tela, em face da comunicabilidade daquela condição pessoal entre os participantes (art. 30 do CP).

5. ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo é o dolo direto de perigo, consistente na vontade e consciência de expor ou abandonar o recém-nascido, acrescido do fim especial do agente de "ocultar desonra própria". Não se admite o dolo eventual por ser incompatível com a finalidade específica exigida pelo tipo penal. Se o motivo do abandono for miséria, prole excessiva, filho doentio etc., ocorre abandono de incapaz. Observe-se que só haverá a possibilidade desse crime se o nascimento infamante for sigiloso, uma vez que, sendo notório, o abandono do bebê não poderá "ocultar" um fato desonroso já descoberto. Tal requisito, contudo, deve ser analisado de maneira menos severa, não se podendo afastar o crime nos casos em que o conhecimento se limite a determinadas pessoas, em especial aos próprios familiares. Nesse sentido: Cezar Roberto Bitencourt (2001, v. 2, p. 276).

Se houver dolo de dano, ou seja, se o agente realizar o abandono com a intenção de causar a morte do neonato, responderá, se estiver sob influência do estado puerperal (genitora), pelo delito de infanticídio ou, ausente esse estado, pelo delito de homicídio.

6. MOMENTO CONSUMATIVO

Consuma-se o delito com o abandono, desde que resulte em perigo concreto para o recém-nascido. Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, o

que quer dizer que o crime de exposição ou abandono de recém-nascido se consuma em um dado instante (com a exposição ou abandono), mas seus efeitos perduram no tempo, independentemente da vontade do agente, uma vez que o resultado produzido pela conduta subsiste sem precisar ser sustentado por ele.

Da mesma forma que no delito de abandono de incapaz, não há falar em exclusão do crime na hipótese em que o agente temporariamente abandona recém-nascido, vindo a retomar a sua guarda posteriormente, pois, desde que a vida ou a saúde do infante tenham sido expostas a perigo com o abandono, estará consumado o delito. Nada impede, entretanto, que no caso incida o instituto do arrependimento posterior (art. 16 do CP).

Faz-se imprescindível para a consumação do crime em tela que o abandono acarrete uma situação de perigo concreto. Não se configurará o abandono quando o sujeito ativo deixar o ofendido em local onde, por merecer assistência, não sofrerá risco. Igualmente inexiste o crime na hipótese em que o agente fica na espreita, no aguardo de que terceiros recolham o neonato.

7. TENTATIVA

Conforme estudamos anteriormente no delito de abandono de incapaz, a tentativa é admissível nos crimes de perigo, desde que o delito seja praticado na modalidade comissiva, de modo a haver um *iter criminis* a ser fracionado.

8. FORMAS

8.1. Simples

Está descrita no *caput*.

8.2. Qualificada

As formas qualificadas do crime em estudo estão previstas nos § § 1º e 2º do art. 134. São elas: a) se do fato resulta lesão corporal de natureza grave (pena: detenção, de um a três anos); b) se dele resulta morte (pena: detenção, de dois a seis anos). Cuida-se aqui dos crimes qualificados pelo resultado na modalidade preterdolo. Há dolo de perigo no fato principal (exposição ou abandono do recém-nascido); os resultados agravadores, por sua vez, são punidos a título de culpa. Se presente o dolo de dano, o agente poderá responder pelo delito de infanticídio ou homicídio, conforme esteja ou não sob influência do estado puerperal, ou então pelo delito de lesão corporal qualificada, se presente o *animus laedendi*.

8.3. Culposa

Não há previsão da modalidade culposa do delito em tela. Se o agente, entretanto, abandonar culposamente o infante e sobrevier a sua morte ou a ocorrência de lesões corporais, deverá ele responder pelos delitos de homicídio ou lesão corporal na modalidade culposa.

9. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 135 – Omissão de socorro

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Contempla o CP mais uma espécie de crime de perigo em seu art. 135, o crime de omissão de socorro. Cuida o dispositivo penal de um dever a todos imposto de prestar mútua assistência. Antes de constituir um dever jurídico, constitui sobretudo um dever ético de solidariedade. Aquele que se omite em prestar a assistência àqueles que correm perigo, quando lhe seja possível fazê-lo, responde por esse crime.

2. OBJETO JURÍDICO

O objeto jurídico do crime em tela é o dever de solidariedade, de mútua assistência, a todos imposto para a salvaguarda da vida e da saúde das pessoas. Não se acham tutelados outros bens, de modo que não se caracterizará a omissão de socorro quando periclitar o patrimônio de alguém. Identicamente, a periclitação da liberdade não constitui objeto jurídico do crime em estudo. Para Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 94), no entanto, "quem pode auxiliar a vítima de cárcere privado a safar-se e não o faz, pratica, em nossa opinião, o delito em estudo".

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

3.1.1. *Deixar de prestar assistência*

Cuida aqui o dispositivo penal do dever de assistência imediata. O agente, podendo diretamente prestar imediato socorro, desde que sem risco pessoal, não o faz (por exemplo, o sujeito que assiste à cena de um atropelamento e nada faz para socorrer a vítima gravemente ferida). Se, entretanto, não houver a possibilidade de prestar a imediata assistência, em face do risco pessoal a que está sujeito, deverá pedir socorro a autoridade pública. *E se a prestação de socorro acarretar riscos para terceira pessoa? Também estará afastado aquele dever legal e, portanto, o crime de omissão de socorro?* O fato, nesse caso, é

típico, pois a lei faz menção somente ao "risco pessoal", porém não é ilícito, pois cuida-se aqui de uma hipótese de estado de necessidade de terceiro (art. 24 do CP), em que o sujeito deixa de prestar socorro à vítima com a finalidade de evitar o perigo à vida ou incolumidade física de terceiros. O risco a que se refere a lei é o pessoal, ou seja, aquele que afete a pessoa física, de modo que, se o agente deixar de prestar assistência ante a presença de risco patrimonial ou moral, ainda assim o crime em estudo estará configurado, podendo, no entanto, conforme o caso, caracterizar o estado de necessidade.

A doutrina (JESUS, 2000a, p. 450; HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 444) abriga o entendimento de que, diante do risco pessoal, nem mesmo os que têm o dever legal de enfrentar o perigo (e, com isso, não se podem valer do estado de necessidade, a teor do § 1º do art. 24 do CP) estarão obrigados à prestação do socorro, uma vez que a situação de risco pessoal é elementar típica excludente.

Frequentemente tem havido casos de omissão de assistência médica, que vêm sendo bastante debatidos no âmbito dos Tribunais. Vejamos algumas hipóteses colhidas na jurisprudência em que se entendeu estar caracterizado o crime de omissão de socorro ao se deixar de prestar assistência médica:

a) exigência médica de depósito prévio de dinheiro: se o paciente é pobre, há crime (*RT* 511/427);

b) médico que se recusa a prestar assistência a doente grave, alegando estar de folga (*RT* 516/347), falta de pagamento de honorários ou inexistência de convênio (*JTACrimSP* 83/321);

c) enfermeira também comete esse crime se se recusar ao atendimento sob a alegação de inexistência de convênio com hospital (*RT* 512/389);

d) recepcionista que, a pretexto de prévio preenchimento de ficha hospitalar, se recusa a acolher a vítima e encaminhá-la ao médico (TAPR, *RT* 570/383).

3.1.2. *Não pedir socorro a autoridade pública*

Cuida-se aqui do dever de assistência mediata. O sujeito, não podendo prestar imediato socorro sem risco pessoal, deverá solicitá-lo à autoridade pública; se não o fizer, a sua conduta será enquadrada na 2ª figura do crime de omissão de socorro. A demora em pedir socorro importa, segundo a doutrina, em descumprimento do dever de assistência. Autoridade pública é aquela que tem atribuição legal para remover a situação de perigo, por exemplo, Bombeiro, Policial, Juiz, Delegado, Promotor etc.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa, independentemente de vinculação especial com o sujeito passivo, poderá praticar o crime em tela, mas, se o sujeito for pai, tutor, médico ou enfermeiro da vítima, haverá o crime de abandono de incapaz (art. 133 do CP) ou de abandono material (art. 244 do CP).

O ausente comete o delito em tela? Há duas posições:

- Não. O sujeito ativo deve estar na presença do periclitante, de modo que, se ausente e se tomar conhecimento do perigo a que aquele estiver sujeito e nada fizer para salvá-lo, não pratica o crime de omissão de socorro. Nesse sentido: Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 93); Cezar Roberto Bitencourt (2001, v. 2, p. 284).
- Sim. O ausente comete o delito de omissão de socorro, desde que tenha consciência do grave e iminente perigo que corre o sujeito passivo. Nesse sentido: Damásio de Jesus (2000a, p. 450). No mesmo sentido, admitindo a prática do crime por pessoa ausente: JSTJ 3/215.

Autor do delito de omissão não pode ser aquele que tenha intencional ou culposamente causado a situação de perigo para a vítima. O fato danoso intencional abarca e vai além do mero fato perigoso, daí por que não se concebe uma dúplice punição para um só fato. A omissão é um *post factum* impunível na medida em que esgota a conduta lesiva inicial. No tocante à causação de perigo de maneira culposa, a omissão posterior ensejará a figura qualificada do homicídio (art. 121, § 4º, do CP) ou da lesão corporal culposa (art. 129, § 7º, do CP). Cometerá, então, o delito em tela aquele que não der causa culpável à periclitação.

3.3. Sujeitos passivos

São os expressamente relacionados no tipo. Criança é aquela que não tem autodefesa, preferindo a doutrina não fixar o limite etário caracterizador:

a) Criança abandonada: é aquela que foi objeto de abandono por quem deveria exercer vigilância. É a largada, deixada ao desamparo de maneira proposital. Não confundir com o crime de abandono de incapaz, pois nesse é o próprio sujeito ativo quem toma a iniciativa de abandonar o incapaz, ao passo que no crime de omissão de socorro o agente encontra a vítima em situação de abandono.

b) Criança extraviada: é a criança perdida, que não sabe retornar a sua residência.

c) Pessoa inválida: é aquela que por alguma causa não tem condições de se defender sozinha, necessitando de auxílio, amparo. A invalidez pode decorrer de

velhice, doença etc. É necessário, também, que esteja em desamparo no momento da omissão.

d) Pessoa ferida: é aquela que teve lesões em sua integridade corporal. Não se exige que as lesões sejam graves; basta que, uma vez lesionada, esteja a vítima em situação de desamparo.

e) Pessoa em grave e iminente perigo: cuida-se aqui de qualquer pessoa que esteja nessa situação, não necessitando ser inválida ou ferida. O perigo deve ser grave, ou seja, de grande vulto; deve também ser iminente, ou seja, prestes a desencadear o evento danoso (por exemplo, indivíduo que está prestes a morrer afogado, nada fazendo o agente para salvá-lo).

Segundo a doutrina, nas hipóteses *a*, *b*, *c* e *d*, o perigo é presumido *jures et de jure*, isto é, basta a prova de que o indivíduo se enquadra em uma das hipóteses relacionadas. Na hipótese *e*, o perigo deve ser apreciado *in concreto*, isto é, cumpre seja demonstrado que a pessoa estava em situação de risco.

4. CONCURSO DE PESSOAS

É possível coautoria no crime omissivo próprio, desde que haja adesão voluntária de uma conduta a outra. Ausente o elemento subjetivo, cada agente responderá autonomamente pelo delito de omissão de socorro. Analisemos agora as várias situações que podem suceder quando o crime é praticado em concurso de pessoas:

a) Se uma pluralidade de agentes recusa a assistência, todos respondem pelo delito.

b) Se, no entanto, houver um, entre os espectadores, que preste socorro à vítima, os demais se eximirão.

c) Se aquele que vai prestar o socorro é insuficiente para fazê-lo com êxito, os outros continuam obrigados e sua abstenção é criminosa (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, v. 5, p. 445).

d) A abstenção também será criminosa se só posteriormente terceiro vier em socorro do periclitante, deixado à própria sorte pelos omitentes.

5. ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do crime de omissão de socorro é o dolo de perigo. É a vontade de não prestar a assistência ou não pedir o socorro da autoridade pública. O dolo deve abranger a consciência de que a vítima está em situação de perigo, pois o erro exclui o dolo (art. 20 do CP). Admite-se o dolo na modalidade direta ou eventual. O motivo determinante da omissão criminosa, por exemplo, indivíduo que se depara com o seu desafeto gravemente ferido e

não o socorre, motivado por vingança, somente influi na dosimetria da pena, como circunstância judicial (art. 59 do CP).

Não é demais frisar que o autor do delito de omissão não pode ser aquele que tenha intencional ou culposamente causado a situação de perigo para a vítima. Dessa forma, temos as seguintes situações:

a) Sujeito com dolo de homicídio que deixa posteriormente de prestar socorro à vítima: ocorre a absorção da omissão, respondendo o agente por homicídio tentado ou consumado.

b) Sujeito com dolo de lesionar que deixa posteriormente de prestar socorro à vítima: ocorre a absorção da conduta omissiva pelo crime de dano, respondendo o agente tão somente pelo delito tentado ou consumado de lesões corporais.

c) Sujeito que comete o delito de homicídio ou lesão corporal, na modalidade culposa, seguido de omissão de socorro: responde por homicídio ou lesão culposa, qualificado pela omissão de socorro nos termos dos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, do CP.

6. CONCURSO DE CRIMES

Não há concurso de crimes quando a situação foi dolosamente provocada pelo agente, conforme visto. Se culposamente provocada a situação, a figura será a do art. 121, § 4º, ou a do art. 129, § 7º, do CP, sem concurso com o art. 135 do CP, sob pena de constituir *bis in idem.*

7. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime omissivo puro, portanto a consumação ocorre no exato momento da abstenção do comportamento devido.

Cuida-se aqui de um crime instantâneo, de modo que, passado razoável período após a omissão, o auxílio prestado tardiamente pelo agente não tem o condão de elidir o crime, estando este consumado. No tocante ao auxílio prestado por terceiros que estavam no local dos fatos, a jurisprudência diverge quanto à configuração ou não desse crime (pela não configuração do crime de omissão de socorro: *RT* 588/336; pela configuração: *RT* 710/299).

8. TENTATIVA

Trata-se de crime omissivo puro, sendo a tentativa inadmissível. Estamos diante de um crime unissubsistente, que se perfaz com um único ato, de modo que não há um *iter criminis* a ser percorrido. Há apenas duas possibilidades: ou o agente se abstém da ação devida e pratica o delito de omissão de socorro ou o agente realiza a ação devida e não há a configuração do tipo penal.

9. FORMAS

9.1. Simples

Está descrita no *caput*. Pena: detenção, de um a seis meses, ou multa.

9.2. Qualificada

Está descrita no parágrafo único:

> A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Trata-se de crime preterdoloso. A omissão de socorro deve ser atribuída ao agente a título de dolo e o resultado agravador, a título de culpa. Importante notar que o STF já se manifestou no sentido de que para a forma qualificada não importa o número de mortes decorrentes da omissão (STF, HC 67.950, *DJU* de 27-4-1990, p. 3425).

Se a vítima sofrer lesões leves, o agente só responderá pela omissão de socorro, ficando absorvidas as lesões. Não há, portanto, falar em crime qualificado nem em concurso de delitos.

9.3. Culposa

Não há forma culposa do delito de omissão de socorro. Poderá, no entanto, a omissão de socorro funcionar como majorante dos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa (arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, do CP).

10. DISTINÇÕES

Distinção entre os crimes de omissão de socorro e de homicídio ou lesões corporais qualificadas pela omissão de socorro: tivemos a oportunidade de analisar esse tema no tópico 9.5.2, alíneas *b*, *c* e *d*, do capítulo relativo ao crime de homicídio.

11. OMISSÃO DE SOCORRO DE ACORDO COM O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – LEI N. 9.503/97 (CAPEZ; GONÇALVES, 1998)

Com o advento do Código de Trânsito Brasileiro, de 1997, a omissão de socorro de condutor de veículo no caso de crime ou acidente de trânsito passou a ter tipificação legal específica. Vejamos o que dispõe o art. 304 dessa lei:

> Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

São requisitos para a sua caracterização:

a) que o crime em estudo só seja cometido por condutor de veículo envolvido

em acidente com vítimas: se na mesma oportunidade motoristas de outros veículos, não envolvidos no acidente, deixam também de prestar socorro, incidem, assim, no crime genérico de omissão de socorro descrito no art. 135 do CP. O mesmo ocorre em relação a pessoas que não estejam na condução de veículos automotores;

b) que o agente não tenha agido de maneira culposa: caso o tenha, o crime será de homicídio ou de lesões culposas com a pena aumentada (arts. 302, III, e 303, parágrafo único, do CTB).

Percebe-se, pois, que a solução é extremamente injusta, uma vez que pune mais gravemente o condutor do veículo pelo simples fato de ter se envolvido em um acidente, ainda que não tenha agido de maneira culposa no evento, enquanto as demais pessoas que se omitem respondem por crime menos grave (art. 135 do CP). Ao contrário do que ocorre na legislação comum (art. 135, parágrafo único, do CP), não existe previsão legal de aumento de pena quando, em face da omissão, a vítima sofre lesões graves ou morre.

O parágrafo único do art. 304 do CTB prevê, por sua vez:

> Incide nas penas previstas neste artigo o condutor de veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

Vejamos as hipóteses legais:

a) Socorro por terceiro: o condutor somente responderá pelo crime no caso de ser a vítima socorrida por terceiros quando a prestação desse socorro não chegou ao conhecimento dele, por se haver evadido do local. Se, após o acidente, o condutor se afasta do local e, na sequência, a vítima é socorrida por terceiro, existe, assim, o crime. É evidente, entretanto, que não há delito quando, logo após o acidente, terceira pessoa se adianta ao condutor e presta socorro.

b) Morte instantânea: temos aqui a previsão legal de um crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, que o torna inaplicável.

c) Vítima com lesões leves: o conceito de lesões corporais de natureza leve é muito extenso, de tal sorte que o crime de omissão de socorro somente será aplicável quando, apesar de os ferimentos serem leves, a vítima estiver necessitando de algum socorro (fraturas, cortes profundos etc.). É evidente que o socorro não se faz necessário quando a vítima sofrer simples escoriações ou pequenos cortes.

12. AÇÃO PENAL

Trata-se de ação penal pública incondicionada, independe de representação do ofendido ou de seu representante legal.

Art. 136 – Maus-tratos

1. OBJETO JURÍDICO

Assim como os demais crimes de perigo, tutelam-se a vida e a saúde humana daquele que está sob a autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

A ação nuclear do crime é o verbo "expor". Trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Considera-se como tal aquele em que o tipo penal descreve várias modalidades de execução do crime. Dessa forma, poderá o agente expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, pelos meios executivos expostos a seguir.

2.1.1. *Privar de alimentos*

Trata-se de modalidade omissiva do crime em questão. A privação de alimentos pode ser relativa ou absoluta. Basta para a caracterização do delito a supressão relativa de alimentos. A privação absoluta poderá, conforme o caso, ser meio de execução de crime de homicídio se presente o *animus necandi*. Se, contudo, a privação total durar curto período, de modo a expor a vítima a situação de perigo, haverá o crime de maus-tratos; *se houver privação de cuidados necessários*, trata-se igualmente de modalidade omissiva do crime em tela. Refere-se o dispositivo legal aos cuidados exigíveis à preservação da vida ou da saúde das pessoas de que trata o tipo penal, por exemplo, ausência de assistência médica, condições para higiene pessoal, vestimentas, leito, exposição às intempéries.

2.1.2. *Sujeitar a trabalho excessivo ou inadequado*

Trabalho excessivo é aquele que supera o limite da tolerância e provoca fadiga extraordinária, devendo levar-se em conta a idade da vítima; *trabalho inadequado* é aquele incompatível com as condições da vítima, como a idade, o sexo e o desenvolvimento físico.

2.1.3. *Abusar de meio corretivo ou disciplinar*

Abuso consiste no uso ilegítimo, imoderado, excessivo, dos meios de correção e disciplina. Mencione-se que há aqui um elemento subjetivo específico que diferencia essa figura das demais. É o que nos ensinam Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 451):

> Nas hipóteses anteriores, o agente procede por grosseria, irritabilidade, espírito de malvadez, prepotência, ódio, cupidez, intolerância; mas nessa última hipótese tem ele um fim em si mesmo justo, isto é, o fim de corrigir ou de fazer valer a sua autoridade. É bem de ver, porém, que o justo fim não autoriza o excesso do meio. Este é que a lei incrimina.

Tal excesso pode consistir em violência tanto física (castigo corporal) quanto moral (ameaçar, aterrorizar a vítima). Ressalta-se que a lei não veda a utilização dos meios de correção ou disciplina, mas tão somente o seu uso imoderado. Dessa forma, o uso de cinta, vara de marmelo ou pedaço de pau contra o filho, por exemplo, caracteriza o emprego abusivo daqueles meios. Tal não ocorre se o pai, moderadamente, com finalidade educativa, aplica-lhe algumas palmadas nas nádegas. Veja-se, portanto, que o *jus corrigendi* ou *disciplinandi* há de ser exercido sempre de maneira moderada para que seja considerado legítimo.

Crime de maus-tratos e a Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97): de acordo com o art. 1º, II, da referida lei, constitui crime de tortura

> 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 ou medida de caráter preventivo.
>
> Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Esse tipo de tortura muito se assemelha, portanto, ao crime de maus--tratos na forma estudada. O crime de tortura, contudo, ao contrário do crime de maus-tratos, apresenta-se da seguinte maneira:

- Elemento normativo: o delito de tortura exige, para a sua configuração típica, que a vítima padeça de um intenso sofrimento físico ou mental; cuida-se, aqui, portanto, de situações extremadas, por exemplo, aplicar ferro em brasa na vítima.
- Elemento subjetivo: exige-se que o móvel propulsor da conduta seja a vontade de fazer a vítima sofrer, por sadismo, ódio etc.

2.2. Sujeito ativo

Só pode ser autor a pessoa que tem outra sob sua guarda, autoridade ou vigilância para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia, pois se trata de crime próprio. Na precisa lição de Nélson Hungria e Heleno Fragoso (1979, v. 5, p. 450):

> *Educação* compreende toda atividade docente destinada a aperfeiçoar, sob o aspecto intelectual, moral, técnico ou profissional, a capacidade individual. *Ensino* é tomado, aqui, em sentido menos amplo que o de educação: é a ministração de conhecimentos que devem formar o fundo comum de cultura (ensino primário, ensino propedêutico). *Tratamento* abrange não só o emprego de meios e cuidados no sentido da cura de moléstias como o 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 oficina ou contramestres, enfermeiros, carcereiros, em relação, respectivamente, aos filhos (menores), pupilos, curatelados, discípulos, fâmulos

(menores), operários (menores), aprendizes, enfermos, presos.

Observe-se que, se inexistente essa vinculação jurídica entre o sujeito ativo e o passivo, o crime será outro, como o de exposição a perigo de vida ou saúde de outrem (art. 132 do CP).

2.3. Sujeito passivo

São as pessoas que estão sob a autoridade, guarda ou vigilância de outra, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia. Deve haver necessariamente uma relação subordinativa entre o agente e a vítima. Dessa forma, a esposa não pode ser sujeito passivo desse crime se maltratada pelo marido, na medida em que não existe vínculo de subordinação, ou seja, o marido não exerce autoridade, guarda ou vigilância sobre a esposa. Pela mesma razão, não poderá ser sujeito passivo do delito em tela o filho maior de idade. Nessas hipóteses, poderá o agente responder pelo crime de lesões corporais (art. 129 do CP) ou crime de exposição a perigo de vida ou saúde de outrem (art. 132 do CP).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de maltratar a vítima, de modo a expor a sua incolumidade física ou psíquica a perigo. Admite-se o dolo na modalidade direta ou eventual.

Trata-se aqui de crime de perigo; se for a intenção do agente causar lesão na vítima ou a sua morte (*animus laedendi* ou *animus necandi*), contudo, o crime será outro (lesão corporal ou homicídio).

4. MOMENTO CONSUMATIVO

Consuma-se o delito com a exposição do sujeito passivo ao perigo de dano por meio de uma conduta ativa ou omissiva. Trata-se de crime de perigo concreto, de modo que ele não se presume, devendo ser comprovada caso a caso a situação periclitante criada pelo agente. Desse modo, se o meio de correção empregado (aplicar algumas palmadas nas nádegas de uma criança) não acarretar qualquer perigo para a incolumidade pessoal da vítima, não haverá configuração do crime em tela.

5. TENTATIVA

A tentativa não é possível nas modalidades omissivas do crime em tela (privação de alimentos ou privação de cuidados indispensáveis). É admissível somente nas modalidades comissivas em que há um *iter criminis* a ser fracionado.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 136 do CP. Pena – detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

6.2. Qualificada

As formas qualificadas estão previstas nos § § 1º e 2º do art. 136 do CP. O crime será qualificado quando da exposição resultar:

a) lesão corporal grave (pena – reclusão, de um a quatro anos);

b) morte (pena – reclusão, de 4 a 12 anos).

Trata-se de crime preterdoloso. Há dolo no crime antecedente e culpa no consequente. Dessa forma, o resultado qualificador jamais poderá ter sido desejado pelo agente.

6.3. Culposa

Não há previsão da modalidade culposa do crime em tela.

7. CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Está prevista no § 3º, acrescentado pelo art. 263 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Prevê o aumento de pena de um terço se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 anos. Veja comentários sobre o tema no tópico 9.5.1 do capítulo relativo ao crime de homicídio. Nessa hipótese, não poderá incidir a agravante genérica prevista no art. 61, II, *h*, do CP.

8. QUESTÕES DIVERSAS

a) Agravantes – incidência: por ser circunstância que integra o crime, o abuso de autoridade, a teor do *caput* do art. 61, II, *f*, do CP, não agravará genericamente a pena do agente, do contrário haverá *bis in idem*. Da mesma forma, se a vítima é descendente do agente, não incidirá a agravante do art. 61, II, *e*, do CP.

b) Maus-tratos e o art. 232 do ECA – aplicação do princípio da especialidade: poderá incidir, pela aplicação do princípio da especialidade, a figura típica do art. 232 do ECA, se o agente submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento.

c) Art. 233 do ECA e a Lei de Tortura – revogação: o art. 233 do ECA, que estabelecia o crime de tortura contra criança e adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância do agente, foi revogado pelo art. 4º da Lei de Tortura.

d) Maus-tratos e injúria – se os maus-tratos constituem meio vexatório, o crime poderá ser outro: injúria (art. 140 do CP). Por exemplo, esbofetear o filho

em público.

e) Maus-tratos e lesões corporais – distinção:

- Maus-tratos: constitui crime de perigo. O elemento subjetivo é o ânimo de maltratar o sujeito passivo que esteja em uma das condições previstas no artigo e, assim, expor a perigo a sua incolumidade física e psíquica. Embora possa acarretar dano ao sujeito passivo, o crime é essencialmente de perigo.
- Lesões corporais: constitui crime de dano. O elemento subjetivo é o *animus laedendi*, vontade de causar dano à integridade física ou psíquica do agente.

9. AÇÃO PENAL

Trata-se de ação penal pública incondicionada que independe de representação do ofendido ou de seu representante legal.

CAPÍTULO IV – DA RIXA

Art. 137 – Rixa

1. CONCEITO

É a luta, a contenda entre três ou mais pessoas, que envolva vias de fato ou violências físicas recíprocas, praticadas por cada um dos contendores (rixosos, rixentos) contra os demais, generalizadamente.

1.1. Formas de surgimento

A rixa, segundo a doutrina, pode surgir de maneira:

a) preordenada ou *ex proposito*: é a planejada, por exemplo: os rixosos combinam de se encontrar em determinado dia, local e hora para se desafiarem;

b) de improviso ou *ex improviso*: é aquela que surge de súbito, de maneira inesperada, quando as condutas são desordenadas, sem que haja previsão anterior dos participantes, por exemplo, pessoas que assistem a um *show* de música, em que alguns dos integrantes da plateia se engalfinham com os demais, dando início a um entrevero. Note-se que há posicionamento isolado na jurisprudência no sentido de que a rixa deve ser sempre imprevista, surgir sem acordo prévio; tal entendimento, contudo, não é adotado pela doutrina (nesse sentido: *JTACrimSP* 78/176).

2. OBJETO JURÍDICO

A vida e a incolumidade física e mental, e, de maneira mediata, a ordem pública.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo penal é o verbo “participar”, que significa tomar parte, no caso, de briga, contenda. A conduta de participar da rixa será típica tanto na hipótese de atuação desde o início da contenda quanto na de ingresso durante ela. Cessada a briga, não há falar em participação na rixa. A participação pode se dar por diversos meios materiais de atuação.

Os meios materiais de atuação consistem na prática de vias de fato ou violência, havendo necessariamente intervenção direta dos contendores na luta, por exemplo, chutes, pontapés; não se exige, porém, o desforço corpo a corpo dos rixosos, pois a rixa pode se dar por arremesso de objetos, disparo de arma de fogo etc. Conforme a doutrina, a violência física é indispensável para a

caracterização do crime, não se configurando este nos casos de simples alteração de ânimos, meras discussões ou ofensas verbais, sem que ao menos se chegue às vias de fato.

Para a configuração do crime, basta a participação de, no mínimo, três rixosos no entrevero, de modo a não se lograr identificar a atividade de cada um. Se for perfeitamente possível individualizar a responsabilidade de cada um do grupo pelos atos praticados, não há falar no crime de rixa. Em tal hipótese, os envolvidos serão responsabilizados individualmente pelos atos praticados (lesão corporal, homicídio, contravenção penal de vias de fato).

3.2. Sujeitos ativos

São os rixosos, no mínimo, três. É irrelevante que, dentro do número mínimo, um deles seja inimputável ou não identificado, ou tenha morrido. Trata-se, assim, de delito plurissubjetivo ou de concurso necessário, só se configurando se houver pluralidade de agentes. Trata-se também de delito de condutas contrapostas, uma vez que os sujeitos agem uns contra os outros. Os rixosos são, ao mesmo tempo, sujeitos ativos da violência e vias de fato praticadas contra os demais rixosos e sujeitos passivos das condutas pelos outros praticadas contra eles. Importante frisar que a rixa pressupõe confusão, tumulto, em que não se consegue individualizar a conduta dos participantes de modo a responsabilizá-los pelos resultados lesivos cometidos. Sendo possível tal individualização, não há falar em crime de rixa.

3.2.1. *Concurso de pessoas*

O crime de rixa é um crime de concurso necessário, ou seja, a norma incriminadora, no seu preceito primário, reclama como *conditio sine qua non* do tipo a existência de, pelo menos, três autores. A coautoria é obrigatória, podendo eventualmente haver a participação de terceiro. Na rixa, dessa forma, além dos três agentes ou mais, pode ainda outro indivíduo concorrer para o crime, na qualidade de partícipe, criando intrigas, alimentando animosidades entre os rixentos ou fornecendo-lhes armas para a refrega (CAPEZ, 2000a, v. 1, p. 287).

Em resumo, temos as seguintes modalidades de *participação em sentido estrito* no crime de rixa:

- Participação material: dá-se mediante auxílio. Indivíduo que, sem tomar parte diretamente na rixa, ou seja, sem praticar violência ou partir para as vias de fato, fornece aos seus colegas rixosos punhais ou pedaços de pau, a fim de que continuem no entrevero.
- Participação moral: dá-se mediante o induzimento e a instigação. O

indivíduo, nessa hipótese, sem praticar violência ou partir para as vias de fato, ou sem prestar qualquer auxílio material, atua, por exemplo, no sentido de estimular os seus colegas rixosos a continuarem no entrevero. Como, para configuração do crime de rixa, é necessário que, no mínimo, três participantes entrem em luta corporal, o partícipe moral necessariamente deverá ser o quarto integrante.

3.3. Sujeitos passivos

Os rixosos. Conforme dito, cada rixoso é sujeito ativo e, ao mesmo tempo, sujeito passivo em face da conduta dos outros rixosos. Pessoas transeuntes ou próximas também podem ser vítimas desse delito. O Estado é vítima mediata.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de tomar parte na rixa. É o denominado *animus rixandi*. Se houver, além do ânimo de participar na rixa, o dolo de dano, ou seja, a intenção de ferir ou matar alguém, e se esse desiderato se materializar de maneira identificável, o agente responderá por crime, tentado ou consumado, de lesão corporal ou de homicídio em concurso com a rixa qualificada ou simples, conforme veremos mais adiante, e os demais contendores responderão somente pelo crime de rixa na forma qualificada. Não há forma culposa.

Segundo o disposto no art. 137, não é participante de rixa quem nela interfere para separar os contendores. É que nessa hipótese a intenção pacificadora do agente exclui o *animus rixandi*.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime instantâneo. Dá-se a consumação, segundo a doutrina, com a prática de vias de fato ou violência recíprocas, momento em que ocorre o perigo abstrato de dano. A rixa consuma-se, assim, a despeito de o agente perseverar no confronto, distribuindo novas pancadas. Contrariamente, Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 105) afirmava: “Consuma-se o delito no momento e no lugar onde cessou a atividade dos contendores”. Essa posição, contudo, não é compartilhada pela doutrina.

Uma vez ocorrido o entrevero entre os diversos participantes, há uma presunção *juris et de jure* de perigo.

6. TENTATIVA

Segundo alguns doutrinadores, a tentativa é admissível (JESUS, 2000a, p. 458; HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 28) na hipótese de rixa *ex proposito* ou

preordenada, isto é, de rixa previamente planejada, uma vez que nela há um *iter criminis* a ser fracionado. Desse modo, não há como se afastar a tentativa na hipótese em que os grupos rivais se dirigem ao local marcado e, ao apanharem pedras e paus para o entrevero, são obstados pela intervenção policial (NORONHA, 1994, v. 2, p. 106).

7. CONCURSO DE CRIMES

Durante a ocorrência do entrevero, diversos delitos podem ser cometidos pelos rixosos, os quais constituirão crimes autônomos. Os contendores, uma vez identificados, responderão pelos resultados individualmente produzidos em concurso material com o crime de rixa simples. Os demais rixosos, frise-se, não responderão por esses crimes, mas apenas pelo de rixa qualificada.

8. FORMAS

8.1. Simples

Está no *caput* do art. 137 do CP.

8.2. Qualificada

Prevê o parágrafo único hipóteses de rixa qualificada, quais sejam:

a) se ocorre morte;

b) se ocorre lesão corporal de natureza grave. Pena: detenção de seis meses a dois anos.

Perceba-se que, na ausência de previsão legal da qualificadora, tais eventos danosos sempre restariam impunes se não fossem identificados os seus autores. Dessa feita, a impossibilidade de se responsabilizar individualmente o autor pelos resultados mais graves não impede que os rixosos respondam por eles. Todos os rixosos, ainda que não sejam responsáveis por aqueles delitos, incorrerão, assim, na pena majorada. E se o autor dos eventos for identificado? Há duas posições: 1ª) o agente responde pelo art. 121 ou 129, § § 1º, 2º e 3º, do CP, conforme o caso, em concurso com rixa simples (JESUS, 2000a, p. 459); 2ª) há concurso material com rixa qualificada (nesse sentido: HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 24; BITENCOURT, 2001, v. 2, p. 315).

E o participante que sofre a lesão grave, responde também pela forma qualificada do crime de rixa? Ele também não se exime da pena qualificada. E se atingir terceiros, estranhos à rixa? Ensina Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 25) que

> para aplicação da pena majorada, não importa que o crime de homicídio ou de lesão corporal seja doloso, culposo ou preterdoloso. Nem é preciso que a vítima seja um dos contendores: se, por *error*

ictus, é atingida uma pessoa estranha à rixa (espectador, transeunte, pacificador, interveniente em legítima defesa, policial que procura prender os contendores), a rixa se tem por qualificada.

Veja-se que os resultados agravadores devem ser produzidos necessariamente por uma causa inerente à rixa. Dessa feita, afasta-se a qualificadora na hipótese em que os eventos sobrevierem em decorrência de intervenção policial para conter o tumulto. Se advier, assim, a morte de um rixoso pelo emprego de arma de fogo pela Polícia, não responderão os demais rixosos pela forma qualificada do delito.

Ao participante que se retira da rixa antes de ocorrer a morte ou lesão grave, entende a doutrina que, ainda assim, se aplica a pena majorada, porém não se pode deixar de lado situações em que o agente ingressa na rixa que se desenvolve por tapas e, após sua retirada, sem que ele preveja, há alteração da natureza do conflito. Nesse caso seria aplicável o art. 29, § 2º, do CP.

8.2.1. *Rixa qualificada e crime único*

A ocorrência de várias mortes caracteriza crime único de rixa qualificada, contudo as mortes deverão ser levadas em consideração no momento da fixação da pena-base (art. 59 do CP).

8.3. Culposas

Não há previsão legal da modalidade culposa do crime de rixa.

9. RIXA E LEGÍTIMA DEFESA

É necessário distinguir a figura da “rixa” da “agressão de várias pessoas contra uma ou algumas”. Aqui os agredidos não praticam violência contra os agressores, sendo certo que a defesa efetuada pelos primeiros poderá constituir legítima defesa. Na figura da rixa, as agressões são recíprocas, havendo consciência de que o comportamento deles é antijurídico; não há falar em legítima defesa. Há situações em que, não obstante, ela se torna possível. Dar-se-á quando houver uma possível mudança nos padrões da contenda, que passa a assumir maior gravidade, destacando-se o fato das vias comuns que vinha seguindo a rixa, por exemplo: rixa que se desenvolve com tapas e socos, quando um dos participantes saca uma arma de fogo. Aquele que mata, durante a luta, em legítima defesa, não responde, assim, por crime de homicídio; responde, entretanto, por rixa na forma qualificada. Os demais contendores, igualmente, responderão pela rixa na forma qualificada em decorrência do evento morte. Não importa, no caso, a licitude da lesão grave ou morte, pois, de acordo com a lei, basta a ocorrência desses eventos para considerar-se qualificado o crime.

10. DISTINÇÃO ENTRE RIXA E DELITO MULTITUDINÁRIO

Na rixa, os sujeitos agem uns contra os outros, as condutas são contrapostas, os ataques são recíprocos; no delito multitudinário, os sujeitos agem todos na mesma direção com um fim determinado, as condutas são paralelas, não há ataques recíprocos: linchamento de determinada pessoa por uma multidão.

11. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, que independe de representação do ofendido ou de seu representante legal.

CAPÍTULO V – DOS CRIMES CONTRA A HONRA

1. INTRODUÇÃO

O Capítulo “Dos Crimes Contra a Honra” visa proteger o conjunto dos predicados morais, físicos, intelectuais e outros relacionados à pessoa. A honra pode ser subjetiva, a qual é o apreço que cada um tem de sua própria pessoa, ou seja, a sua autoestima, o seu orgulho pessoal, vaidade, autoavaliação, enfim, o conceito que todos possuem de si mesmos. Honra objetiva é aquela que diz respeito ao conceito social das pessoas. Nesse caso, tem-se em vista não o sentimento que o sujeito tem por si mesmo, mas a sua imagem perante a sociedade, ou seja, como ele é visto pelos demais.

Além de poder ser classificada em objetiva e subjetiva, a honra subdivide-se em: a) dignidade: compreende aspectos morais, como a honestidade, a lealdade e a conduta moral como um todo; b) decoro: consistente nos demais atributos desvinculados da moral, tais como a inteligência, a sagacidade, a dedicação ao trabalho, a forma física etc. Todas as espécies de honra são tuteladas pelo Código Penal, o qual prevê as três formas de ataque a esse bem jurídico: calúnia, difamação e injúria. No tocante à Lei de Imprensa, o Partido Democrático Trabalhista ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 130), na qual sustentou a não recepção pela Constituição Federal de todo o conjunto de dispositivos da Lei n. 5.250/67, sob o argumento de que o referido Diploma Legal seria produto de um Estado autoritário, que restringiu violentamente as liberdades civis, em geral, e a liberdade de comunicação, em particular, e que, portanto, seria incompatível com os tempos democráticos, colidindo com a Constituição (arts. 5º, incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV e 220 a 223) e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XIX). A liminar requerida pelo arguente foi deferida parcialmente, em decisão monocrática, exarada pelo Exmo. Sr. Ministro Carlos Ayres Brito, o qual, valendo-se do art. 5º, § 1º, da Lei n. 9.882/99 (Lei da ADPF), determinou que juízes e tribunais suspendessem o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que versasse sobre alguns dispositivos do mencionado Diploma Legal. A concessão da referida liminar foi, posteriormente, por maioria, referendada pelo Plenário da Corte Suprema, nas sessões de 27 e 28 de fevereiro de 2008 (ADPF 130 MC/DF, rel. Min. Carlos Britto, 27-2-2008, cf. Informativo do STF n. 496). E, na sessão ocorrida no dia 4 de setembro de 2008, o Tribunal decidiu por bem prorrogar a eficácia temporal da medida, tendo em vista o

encerramento do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, fixado pelo Plenário, para o julgamento de mérito da causa. Resolveu-se, assim, Questão de Ordem para estender esse prazo por mais 180 (cento e oitenta) dias (STF, Tribunal Pleno, ADPF-QO 130/DF. Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, rel. Min. Carlos Britto, j. 4-9-2008). A suspensão da eficácia dos dispositivos não impediu o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, conforme restou decidido na ADPF. Posteriormente, a Corte Suprema, por maioria, em decisão de mérito, julgou procedente o pedido formulado e declarou como não recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei n. 5.250/67, sendo, portanto, incompatível com a nova ordem constitucional (ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, 30-4-2009, cf. Informativo do STF n. 544, Brasília, 27 de abril a 1º de maio de 2009).

A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva e consistem, em regra, na atribuição e divulgação a terceiros de um fato concreto, criminoso (calúnia) ou desabonador (difamação). A injúria é o ataque à honra subjetiva, por meio de adjetivos desairosos à vítima, de modo a ferir sua autoestima (por exemplo: ladrão, safado, canalha etc.), sendo irrelevante que alguém mais tome conhecimento da ofensa.

Art. 138 – Calúnia

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a honra objetiva (reputação), ou seja, aquilo que as pessoas pensam a respeito do indivíduo no tocante às suas qualidades físicas, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear (caput)

Ação nuclear do tipo é o verbo “caluniar”, que significa imputar falsamente fato definido como crime. O agente atribui a alguém a responsabilidade pela prática de um crime que não ocorreu ou que não foi por ele cometido. Trata-se de crime de ação livre, que pode ser praticado mediante o emprego de mímica, palavras (escrita ou oral), ressalvando-se que, se realizada por intermédio dos meios de informação (serviço de radiodifusão, jornais etc.), constituía crime previsto na Lei de Imprensa (*vide*, no entanto, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 130, tendo por objeto a Lei n. 5.250/67). Ressalte-

se, finalmente, que o fato será enquadrado no Código Eleitoral se a calúnia for lançada em propaganda eleitoral.

As espécies de calúnia (JESUS, 2000a, p. 466) são:

a) inequívoca ou explícita: o agente afirma explicitamente a falsa imputação, por exemplo: “fulano de tal é o sujeito que a polícia está procurando pela prática de vários estupros”;

b) equívoca ou implícita: a ofensa não é direta, depreendendo-se do conteúdo da assertiva, por exemplo: “não fui eu quem, por muitos anos, se agasalhou nos cofres públicos”;

c) reflexa: imputar o crime a uma pessoa, acusando outra, por exemplo, dizer que “um Promotor deixou de denunciar um indiciado porque foi por ele subornado”. O indiciado também foi ofendido.

2.1.1. *Imputação de contravenção penal*

Diante da expressa disposição legal que exige que o fato seja definido como crime, a imputação de fato definido como contravenção poderá configurar o crime de difamação.

2.1.2. *Imputação de fato atípico*

Não constitui crime de calúnia, o qual exige que a imputação seja de fato definido como crime, podendo constituir outro delito contra a honra. Por exemplo, afirmar falsamente que determinada pessoa, por imprudência, danificou o patrimônio público. Há aqui a imputação da prática de dano culposo contra o patrimônio público, que na realidade não configura o crime do art. 163, parágrafo único, III, do CP, uma vez que não há previsão da modalidade culposa do crime de dano. Poderá o fato constituir difamação ou injúria.

2.2. Elemento normativo do tipo – falsidade da imputação

O elemento normativo do tipo está contido na expressão “falsamente”. Não basta, assim, a imputação de fato definido como crime, exige-se que ele seja falso. Se o fato for verdadeiro, não há falar em crime de calúnia. O objeto da imputação falsa pode recair sobre o fato, quando este, atribuído à vítima, não ocorreu, e sobre a autoria do fato criminoso, quando este é verdadeiro, sendo falsa a imputação da autoria.

2.3. Ação nuclear (§ 1º) – propalação ou divulgação da calúnia

De acordo com o § 1º, na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. Trata-se de um subtipo do crime de calúnia previsto no *caput*. Os verbos-núcleos são, assim: “propalar” ou “divulgar”.

Ambas as expressões exprimem a conduta de levar ao conhecimento de outrem a calúnia de que tenha tomado conhecimento. Para que exista o crime é imprescindível que o agente tenha ciência da falsidade do fato imputado. A consumação desse delito se opera tão só com a divulgação da calúnia para uma única pessoa, não sendo necessário que um número indeterminado de indivíduos tenha ciência do fato. Se, contudo, for o crime cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, haverá a incidência de uma causa especial de aumento de pena (art. 141, III, do CP). A tentativa é inadmissível, na hipótese de o crime ser praticado por meio verbal.

2.4. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de calúnia. Caluniador não é apenas o autor original da imputação, mas também quem a propala ou divulga (veja § 1º). Assim como na calúnia original, é indispensável tenha o divulgador ou o propalador ciência da falsidade ("[...] sabendo falsa a imputação [...]").

2.5. Sujeito passivo

Para melhor compreensão do tema, em face da divisão da doutrina sobre a admissibilidade dos sujeitos passivos a seguir relacionados, faremos uma análise individualizada de cada um deles. Vejamos:

a) Doentes mentais e menores de 18 anos: podem ser caluniados, pois praticam fato típico e ilícito, embora não sejam culpáveis. Nesse sentido: Damásio de Jesus (2000a, p. 461-462).

b) Pessoas jurídicas (CAPEZ, 2000a, v. 1, p. 114-118): entendemos que a pessoa jurídica pode cometer delito em duas hipóteses: contra o meio ambiente (arts. 225, § 3º, da CF e 3º da Lei n. 9.605/98) ou a ordem econômico-financeira e a economia popular (art. 173, § 5º, da CF, nos casos que a lei vier a disciplinar). No tocante aos crimes ambientais, já decidiu o STJ acerca da possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. Nesse sentido: STJ, 5ª T., HC 43.751/ES, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 15-9-2005, *DJU* de 17-10-2005, p. 324). Em sentido contrário: STJ, REsp 622.724/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 18-11-2004. Nada impede, assim, que seja sujeito passivo de calúnia. Tal entendimento, todavia, por ora, não tem prevalecido. Posição majoritária: a despeito do que dispõe a CF nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, prevalece o entendimento de que não praticam delitos e, portanto, não podem ser caluniadas (nesse sentido: STF, RHC 64.860, *DJU* de 30-4-1987, p. 7650; no

mesmo sentido: STJ, *DJU* de 12-12-1994, p. 34374).

c) Desonrados: segundo entendimento doutrinário, os desonrados podem ser vítimas do crime de calúnia, uma vez que a honra é um bem incorporado à personalidade humana, sendo certo que jamais poderá haver a sua supressão total.

d) Calúnia contra os mortos (§ 2º): o morto não é sujeito passivo de delito, não sendo possível falar em lesão de interesse seu. Vítimas são o cônjuge, o ascendente, o descendente ou irmão do falecido, pois o que existe é a ofensa a direito dos parentes do morto e à própria sociedade. Somente essas pessoas, por analogia ao art. 31 do CPP, poderão promover a ação penal.

e) Calúnia contra a memória dos mortos (Lei de Imprensa): dispunha o art. 24 da Lei n. 5.250/67 que eram puníveis a calúnia, a difamação e a injúria contra a memória dos mortos (*vide* comentários constantes do item 2.1., o qual trata da ADPF n. 130, tendo por objeto a referida Lei).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo de dano, consistente na vontade livre e consciente de caluniar alguém, atribuindo-lhe falsamente a prática de fato definido como crime, sabendo que esse alguém é inocente. Exige-se que tanto o caluniador quanto o propalador tenham consciência da falsidade da imputação. O dolo pode ser direto ou eventual na figura no *caput* e somente direto na figura do § 1º. Haverá dolo eventual quando o agente, na dúvida, assumir o risco de fazer a imputação falsa.

Segundo uma parte da doutrina, nos crimes contra a honra, além do dolo, deve estar presente um especial fim de agir, consubstanciado no *animus injuriandi vel diffamandi*, consistente no ânimo de denegrir ou ofender a honra do indivíduo.

Hipóteses em que o *animus injuriandi vel diffamandi* ficará excluído nos crimes contra a honra:

a) *Animus jocandi*: intenção de fazer gracejo.

b) *Animus narrandi*: é a intenção de narrar ou relatar um fato.

c) *Animus defendendi*: é a intenção de se defender em processo.

d) *Animus corrigendi vel disciplinandi*: é a intenção de corrigir.

e) *Animus consulendi*: é a intenção de aconselhar, de informar acerca dos atributos de determinada pessoa, mediante solicitação de outrem ou por livre iniciativa.

f) Exaltação emocional ou discussão: decidiu o STF:

> Nos delitos de calúnia, difamação e injúria, não se pode prescindir, para efeito de seu formal reconhecimento, da vontade deliberada e positiva do agente de vulnerar a honra alheia. Doutrina e jurisprudência: não há crime contra a honra, se o discurso contumelioso do agente, motivado por um estado de justa indignação, traduz-se em expressões, ainda que veementes, pronunciadas em momento de exaltação emocional ou proferidas no calor de uma discussão. Precedentes (STF, 1ª T., HC 71.466, rel. Min. Celso de Mello, j. 16-8-1994, *DJU* de 19-12-1994, p. 35182).

4. CONSUMAÇÃO

Dá-se quando a falsa imputação se torna conhecida de outrem, que não o sujeito passivo. É necessário haver publicidade (basta que uma pessoa tome conhecimento), pois apenas desse modo atingir-se-á a honra da pessoa (reputação). Se houver consentimento do ofendido, inexiste o crime. O consentimento do representante legal é irrelevante.

5. TENTATIVA

Trata-se de um crime formal de simples atividade. A calúnia verbal, que se perfaz em um único ato, por se tratar de crime unissubsistente, não admite tentativa; ou a imputação é proferida e o fato está consumado ou nada se diz e não há conduta relevante. A calúnia escrita admite a tentativa, pois é um crime plurissubsistente; há um *iter*, que pode ser fracionado.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput*. No § 1º estamos diante de um subtipo do crime de calúnia.

6.2. Majorada

Está prevista no art. 141 do CP. Consulte o capítulo relativo às disposições comuns aos crimes contra a honra.

7. EXCEÇÃO DA VERDADE (EXCEPTIO VERITATIS – § 3º)

A calúnia é a imputação falsa de um crime. Conforme estudado, o objeto da imputação falsa pode recair sobre o fato, quando este, atribuído à vítima, não ocorreu, e sobre a autoria do fato criminoso, quando este é verdadeiro, sendo falsa a imputação da autoria. A falsidade da imputação é sempre presumida e a ofensa à honra só deixa de existir se ficar provada a veracidade do crime atribuído ao ofendido. Em função disso, admite, em regra, a lei penal que o agente prove que a ofensa é verdadeira, afastando, dessa forma, o crime. É a chamada exceção da verdade (art. 138, § 3º, do CP), que se realiza por meio de um procedimento especial (art. 523 do CPP). Provada a veracidade do fato

criminoso imputado, não há que se falar na configuração do crime de calúnia, ante a ausência do elemento normativo “falsamente”. O fato, portanto, é atípico.

Em regra, a exceção da verdade é admissível no crime de calúnia, salvo nas seguintes hipóteses:

a) se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível (inc. I);

b) se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no inc. I do art. 141 (inc. II);

c) se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível (inc. III).

Observação: a calúnia contra o Presidente da República pode caracterizar crime contra a Segurança Nacional, de acordo com o elemento subjetivo do agente.

7.1. Exceção de notoriedade do fato

O art. 523 do CPP faz menção à exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado. Esta consiste na oportunidade facultada ao réu de demonstrar que suas afirmações são de domínio público. A exceção de notoriedade aplica-se tanto à calúnia quanto à difamação, pois se o fato é notório não há como considerar atacada a honra objetiva. Assim, por exemplo, dizer que alguém, notoriamente famoso por sair com travestis, tem esse estranho hábito, não pode ser considerado difamatório, quando todo mundo tem conhecimento disso.

8. DISTINÇÕES

8.1. Calúnia e denunciação caluniosa

Na calúnia, há apenas a imputação falsa da prática de um fato definido como crime. Na denunciação caluniosa, o agente não só atribui à vítima, falsamente, a prática de um delito, como também leva o fato ao conhecimento da autoridade, provocando a instauração de um inquérito policial ou de ação penal contra ela (art. 339 do CP, alterado pela Lei n. 10.028/2000):

> 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: (...)

A calúnia constitui crime contra a honra, ao passo que a denunciação caluniosa constitui crime contra a Administração da Justiça. Se tiverem como base os mesmos fatos, a denunciação caluniosa absorve o crime de calúnia.

8.2. Calúnia e falso testemunho

Já decidiu o STJ:

> Age no estrito cumprimento do dever legal, portanto, não comete crime (art. 23, III, do CP), testemunha que, sob compromisso, narra fatos pertinentes à causa, ainda que isso signifique atribuir fato criminoso a outrem. Se o depoimento é falso, o crime será o de falso testemunho, não outro (STJ, *RT* 692/326).

8.3. Calúnia e difamação

Na calúnia, há a imputação de fato definido como crime e o fato imputado deve ser necessariamente falso.

Na difamação, o fato imputado não é criminoso, mas ofensivo à reputação; ele pode ou não ser falso, pois a falsidade da imputação não é exigida pelo tipo penal.

8.4. Calúnia e injúria

Na calúnia, há a imputação de fato definido como crime; há o atingimento da honra objetiva e o crime se consuma quando terceiros tomam conhecimento da imputação falsa.

Na injúria, há atribuição de qualidade negativa; há o atingimento da honra subjetiva e o crime se consuma quando a própria vítima toma conhecimento da imputação.

Art. 139 – Difamação

1. OBJETO JURÍDICO

Tal como o crime de calúnia, protege-se a honra objetiva, ou seja, a reputação, a boa fama do indivíduo no meio social. Interessa, sobretudo, à coletividade preservar a paz social, evitando que todos se arvorem no direito de levar ao conhecimento de terceiros fatos desabonadores de que tenham ciência acerca de determinado indivíduo, ainda que tais fatos sejam verdadeiros.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

O núcleo do tipo é o verbo “difamar”, que consiste em imputar a alguém fato ofensivo à reputação. Imputar consiste em atribuir o fato ao ofendido. A reputação diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais ou morais de alguém. É o respeito que o indivíduo goza no meio social. A calúnia e a difamação ofendem a honra objetiva, pois atingem o valor social do indivíduo. Trata-se de crime de ação livre, que pode ser praticado mediante o emprego de mímica, palavra (escrita ou oral), ressalvando-se que, se realizada por intermédio de meios de informação (serviços de radiodifusão, jornais etc.), constituía crime previsto no art. 21 da Lei de Imprensa (*vide*

comentários constantes do item 2.1., o qual trata da ADPF 130, tendo por objeto a referida Lei).

Não importa que a imputação do fato seja falsa, ao contrário da calúnia, de modo que haverá crime ainda que o fato divulgado seja verdadeiro. O fato imputado não se deve revestir de caráter criminoso, do contrário restará configurado o crime de calúnia. A imputação de fato definido como contravenção penal caracteriza o crime em estudo.

O fato deve ser concreto, determinado, não sendo necessário, contudo, descrevê-lo em minúcias. A imputação vaga e imprecisa, em termos genéricos, por outro lado, não configura difamação (nesse sentido: STJ, *RT* 714/418), podendo ser enquadrada como injúria. O fato ofensivo deve necessariamente chegar ao conhecimento de terceiros, pois o que a lei penal protege é a reputação do ofendido, o valor que o indivíduo goza na sociedade, ao contrário da injúria, em que há a proteção da honra subjetiva, bastando para a configuração do crime tão só o conhecimento da opinião desabonadora pelo ofendido.

2.1.1. *Propalação ou divulgação da difamação*

O CP não descreve o verbo "propalar" no crime de difamação, como o faz na calúnia (art. 138, § 1º). A doutrina, no entanto, firmou entendimento no sentido de que o propalador, na realidade, comete nova difamação.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime em estudo, inclusive o propalador da difamação, uma vez que realiza nova difamação, muito embora o estatuto penal não o diga expressamente.

2.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa pode sê-lo, mas deve ser determinada:

- Inimputáveis: os menores e os doentes mentais podem ser sujeitos passivos do delito de difamação, uma vez que a honra é um bem inerente à personalidade humana.
- Pessoa jurídica: a doutrina e a jurisprudência são bastante divergentes acerca da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo de crime contra a honra. Atualmente, no entanto, cada vez mais se tem admitido a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo de crime de difamação (nesse sentido: STJ, *DJU* de 12-12-1994, p. 34374. O próprio STF já se manifestou no sentido de que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de difamação [*RTJ* 113/88]).

- Difamação contra a memória dos mortos: a lei penal não prevê essa forma de difamação, apenas calúnia (veja art. 138, § 2º, do CP). O fato é atípico. É descabível o emprego de analogia ou interpretação analógica. Quando o legislador quis tutelar a honra dos mortos, ele o fez expressamente no crime de calúnia, de que se conclui a omissão dessa previsão quanto aos demais crimes ter sido intencional. De acordo com o art. 24 da Lei de Imprensa, eram puníveis a calúnia, a difamação e a injúria contra a memória dos mortos (*vide* comentários constantes do item 2.1., o qual trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 130, tendo por objeto a Lei n. 5.250/67).
- Desonrados: podem ser sujeitos passivos do crime de difamação, na medida em que a honra é inerente à personalidade humana, conforme visto no crime de calúnia.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo de dano, consistente na vontade livre e consciente de difamar alguém imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação. O dolo pode ser direto ou eventual. Não importa se o fato é verdadeiro ou falso, pois mesmo que o agente tenha crença na veracidade da imputação o crime se configura, ao contrário da calúnia.

Assim como no delito de calúnia, o crime de difamação não se perfaz sem o *animus diffamandi*. Dessa forma, não basta apenas o dolo, exigindo-se um fim especial de agir, consistente na vontade de ofender ou denegrir a reputação do ofendido. Inexiste o crime de difamação se o agente atua com *animus jocandi*, *narrandi*, *consulendi*, *defendendi*, *corrigendi vel disciplinandi* ou, ainda, segundo a jurisprudência, se as expressões são proferidas em razão de discussão ou exaltação emocional. Para melhor compreensão do tema, consulte os comentários ao crime de calúnia.

4. CONSUMAÇÃO

Consuma-se no instante em que um terceiro, que não o ofendido, toma ciência da afirmação que macula a reputação. É prescindível que várias pessoas tomem conhecimento da imputação.

5. TENTATIVA

Não se admite quando o caso for de difamação perpetrada pela palavra oral (hipótese de crime unissubsistente, em que não há um *iter criminis* a ser fracionado); por meio escrito, é plenamente possível a tentativa (hipótese de crime plurissubsistente, havendo um *iter criminis* que comporta fracionamento),

por exemplo, sujeito passivo que consegue interceptar a correspondência antes que ela chegue ao seu destinatário.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 139 do CP.

6.2. Majorada

Está prevista no art. 141 do CP. Consulte o capítulo relativo às disposições comuns aos crimes contra a honra.

7. EXCEÇÃO DA VERDADE (PARÁGRAFO ÚNICO)

Na difamação, é irrelevante que o fato imputado seja falso ou verdadeiro, logo, via de regra, não cabe a exceção da verdade. Como exceção, porém, a lei permite a prova da verdade quando se trate de ofensa que fira a reputação de funcionário público, estando ele no exercício de suas funções. O fato difamatório deve guardar relação com o exercício do cargo público. *E se o funcionário deixou o cargo, admite-se a prova da verdade?*

Não se admite a prova da verdade. Nesse sentido: Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 121) e Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 90).

Admite-se a prova da verdade se o ofendido deixar o cargo após a consumação do fato imputado. Nesse sentido: Cezar Roberto Bitencourt (2001, v. 2, p. 353).

7.1. Lei de Imprensa

A Lei de Imprensa, em seu art. 21, § 1º, havia ampliado as hipóteses em que era admitida a exceção da verdade, quais sejam:

- se o crime fosse cometido contra órgão ou entidade que exercesse funções de autoridade pública;
- se o ofendido permitisse a prova.

Vide, entretanto, comentários constantes do item 2.1., o qual trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 130, tendo por objeto a Lei n. 5.250/67.

8. DISTINÇÃO ENTRE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

Na calúnia, o fato imputado é definido como crime; na injúria, não há atribuição de fato, mas de qualidade; na difamação, há a imputação de fato determinado. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva; a injúria atinge a honra subjetiva. A calúnia e a difamação consumam-se quando terceiros tomam

conhecimento da imputação; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação.

Art. 140 – Injúria

1. OBJETO JURÍDICO

Ao contrário dos delitos de calúnia e difamação, que tutelam a honra objetiva, o bem protegido pela norma penal na injúria é a honra subjetiva, que é constituída pelo sentimento de cada pessoa acerca de seus atributos morais (chamados de honra-dignidade), intelectuais e físicos (chamados de honra-decoro) (JESUS, 2000a, p. 474). No tocante à injúria real, prevista no art. 140, § 2º, do CP, por se tratar de um crime complexo, tutela-se também a integridade ou incolumidade física do indivíduo. No caso, contudo, a real intenção do agente é atingir a honra pessoal, sendo a violência ou vias de fato apenas um meio de se concretizar tal desiderato.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo penal consubstancia-se no verbo "injuriar", que é, conforme a definição de Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 90), "a manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém". Trata-se de *crime de ação livre*. Todos os meios hábeis à manifestação do pensamento podem servir à injúria: a palavra oral ou escrita, a pintura, o gesto etc.

A injúria, ao contrário da calúnia e da difamação, não se consubstancia na imputação de fato concreto, determinado, mas, sim, a atribuição de qualidades negativas ou de defeitos. Consiste em opinião pessoal do agente sobre o sujeito passivo, desacompanhada de qualquer dado concreto.

Por vezes, a injúria pode configurar desacato (art. 331 do CP) ou ultraje a culto (art. 208 do CP), isso porque tais crimes também consistem em violação à dignidade ou decoro pessoal; o crime de desacato, contudo, constitui um delito contra a Administração. No tocante ao crime de ultraje ao culto ("escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa"), há um interesse social em proteger o sentimento religioso, de modo que a ofensa pública contra alguém por motivo de crença ou função religiosa configura o crime do art. 208 do CP, e não o crime de injúria.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime em tela, pois o tipo penal não exige qualquer condição especial do agente. Qualquer pessoa pode, assim, ofender outrem na sua dignidade ou decoro.

2.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, desde que tenha capacidade de discernimento acerca do conteúdo da expressão ou da atitude ultrajante. O consentimento do ofendido exclui o crime, exceto nos casos de ofensa concomitante a um bem de que aquele não tenha disponibilidade.

- Inimputáveis: a injúria constitui ofensa à honra subjetiva. Os doentes mentais podem, assim, ser injuriados, desde que haja uma residual capacidade de compreender a expressão ofensiva. De igual modo, os menores podem ser injuriados, dependendo da sua capacidade de compreensão da expressão ou atitude ofensiva.
- Pessoa jurídica: predomina o entendimento na doutrina no sentido de que a pessoa jurídica não possui honra subjetiva, de modo que a ofensa contra ela poderá constituir ofensa contra os seus representantes legais.
- Pessoa jurídica: Lei de Imprensa. Embora o art. 23, III, da Lei n. 5.250/67 previsse uma causa de aumento de pena para os crimes de calúnia, difamação ou injúria cometidos contra órgão ou autoridade que exercesse função de autoridade pública, entendíamos que era inconcebível a injúria contra pessoa jurídica, na medida em que aquela diz com a honra subjetiva, ou seja, a autoestima, o “amor-
-próprio” do agente, sentimentos esses que somente a pessoa humana poderia possuir.
- Memória dos mortos: o morto não pode ser injuriado por ausência de expressa disposição legal; nada obsta, porém, que se injurie a pessoa viva, denegrindo a memória dos mortos. De acordo com a Lei de Imprensa, era punível a calúnia, a difamação e a injúria contra os mortos quando a imputação fosse realizada por meio de imprensa (art. 24). *Vide* comentários constantes do item 2.1., o qual trata da ADPF 130, tendo por objeto referido Diploma Legal.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo de dano, direto ou eventual, consistente na vontade livre e consciente de injuriar alguém, atribuindo-lhe qualidade negativa. Segundo o entendimento majoritário da doutrina, é necessário, além do dolo, um fim especial de agir, consistente na vontade de ofender ou denegrir a honra do ofendido. Trata-se do

animus injuriandi. Inexiste o crime de injúria se o agente atua com *animus jocandi*, *narrandi*, *consulendi*, *defendendi*, *corrigendi vel disciplinandi* ou, ainda, segundo a jurisprudência, se as expressões são proferidas em razão de discussão ou exaltação emocional. Para melhor compreensão do tema, consulte os comentários ao crime de calúnia.

4. CONSUMAÇÃO

Trata-se de delito formal. O crime consuma-se quando o sujeito passivo toma ciência da imputação ofensiva, independentemente de sentir-se ou não atingido em sua honra subjetiva, sendo suficiente tão somente que o ato seja revestido de idoneidade ofensiva. Difere da calúnia e da difamação, uma vez que, para a consumação da injúria, prescinde-se de que terceiros tomem conhecimento da imputação ofensiva. A injúria não precisa ser proferida na presença do ofendido (STF, *RT* 606/414), bastando que chegue ao seu conhecimento, por intermédio de terceiro, correspondência ou qualquer outro meio.

5. TENTATIVA

É possível, em se tratando de meio escrito, pois há um *iter criminis* passível de ser fracionado (crime plurissubsistente); se a hipótese, contudo, for de injúria verbal (crime unissubsistente), inadmissível será a tentativa, afinal, a palavra é ou não proferida, tratando-se de único e incindível ato.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 140 do CP.

6.1.1. *Perdão judicial – provocação e retorsão (§ 1º), art. 140 do CP*

O CP, em seu art. 140, § 1º, prevê duas hipóteses de perdão judicial. Há, nesses casos, a configuração do crime de injúria, porém o Juiz pode deixar de aplicar a pena.

- Provocação: quando o ofendido, de maneira reprovável, provocou diretamente a injúria (inc. I). Trata-se de hipótese em que o provocador dá causa à injúria que sofre. Dessa feita, há uma provocação que é retorquida com uma injúria.
- Retorsão: no caso de retorsão imediata que consista em outra injúria (inc. II). *Há uma provocação consistente em uma injúria que é retorquida com outra injúria*. Perceba-se que, ao contrário da provocação, na retorsão há uma injúria que é rebatida com outra injúria. Na provocação, apenas o revide

deve consistir em um crime de injúria.

6.2. Majorada

Está prevista no art. 141 do CP. Consulte o capítulo relativo às disposições comuns aos crimes contra a honra.

6.3. Qualificada – injúria real

6.3.1. *Vias de fato e violência*

Está prevista no § 2º do art. 140. Caracteriza-se pelo emprego de violência ou vias de fato que, por sua natureza ou pelo meio empregado, sejam consideradas aviltantes.

- Vias de fato: ofensa física que não produz lesão ou incômodo à saúde, tampouco vestígios, por exemplo, empurrões, bofetada, puxão de cabelo. Isoladamente, trata-se de contravenção penal (art. 21 da LCP); no caso em tela, todavia, as vias de fato são absorvidas pelo delito de injúria.
- Violência: é a lesão corporal produzida na vítima com o fim de humilhar ou ultrajar a sua honra. Haverá, nessa hipótese, concurso de delitos (injúria + lesão corporal), com aplicação cumulativa das penas. Embora seja caso de concurso formal, a lei impõe na fixação da pena a regra do concurso material (art. 70, 2ª parte, do CP). A grave ameaça não configura a injúria real, ante a ausência expressa de previsão legal.

6.3.2. *Preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*

Está prevista no § 3º do art. 140. Foi inserida no Código Penal pelo art. 2º da Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, que impôs penas de reclusão, de um a três anos, e multa, se a injúria for cometida mediante "utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem". Dessa feita, qualquer ofensa à dignidade ou decoro que envolva algum elemento discriminatório (xingamentos envolvendo a cor ou a raça, como "preto", "japa", "judeu") configura o crime de injúria qualificada. Se, contudo, a hipótese envolver segregação racial, o crime será de racismo (Lei n. 7.716/89).

O § 3º, contudo, sofreu novos acréscimos pelo art. 110 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), sendo inseridas novas circunstâncias qualificadoras ao crime de injúria, a de: *a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*.

Cumpre destacar, ainda, que críticas eram proferidas em relação à previsão da

ação penal privada para o crime de injúria qualificada pelo preconceito (CP, art. 145), uma vez que a relevância do bem jurídico protegido exigiria a obrigatoriedade da ação, e deveria, portanto, ser de iniciativa pública e não privada, pois esta implicaria a disposição do bem jurídico pela parte ofendida, o que no caso em tela não deveria ocorrer. A Lei n. 12.033, de 29 de setembro de 2009 (*DOU* de 30-9-2009), acabou por alterar a redação do parágrafo único do art. 145 do CP, e previu expressamente a ação penal pública condicionada à representação do ofendido quando ocorrente a hipótese do art. 140, § 3º, do CP.

7. EXCEÇÃO DA VERDADE

A exceção da verdade é inadmissível no crime de injúria.

Art. 141 – Das disposições comuns aos crimes contra a honra

1. FORMAS MAJORADAS APLICÁVEIS AOS CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ART. 141)

Quando os delitos especificados forem praticados, haverá:

- aumento de um terço da pena nas hipóteses dos incisos I, II e III;
- aplicação da pena em dobro na hipótese do parágrafo único.

a) Contra o Presidente da República (inc. I): trata-se do chefe supremo da Nação. Daí por que a maior reprovabilidade da conduta e, por consequência, o agravamento da sanção penal. Importa notar que constitui delito contra a Segurança Nacional (art. 26 da Lei n. 7.170/83), desde que haja motivação política, atentatória à Segurança Nacional, para caluniar ou difamar o Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do STF. Ausente essa motivação, aplicam-se as disposições do Código Penal.

b) Contra Chefe de Governo estrangeiro (inc. I): a majorante também se estende ao "chefe de governo estrangeiro" por razões de política diplomática, ou seja, em função da manutenção de boas relações internacionais.

c) Contra funcionário público, em razão de suas funções (inc. II): tutela o presente dispositivo a dignidade da função pública. Trata-se de hipótese em que as ofensas assacadas contra funcionário público digam respeito ao exercício do cargo. Cumpre dizer que, se a ofensa for irrogada na presença do funcionário, poderá configurar o *crime de desacato* (art. 331 do CP: "Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela"). Observe-se que nesse crime (desacato), ao contrário da forma majorada dos crimes contra a honra, prescinde-se de que a ofensa diga respeito ao exercício da função pública. Se dito, por exemplo, a um Juiz, em plena audiência, que ele é um "conquistador barato", há,

assim, o delito do art. 331 (NORONHA, 1994, v. 2, p. 133).

d) Na presença de várias pessoas (inc. III, 1ª parte): a majorante tem em vista a maior facilidade de divulgação das ofensas irrogadas, o que pode acarretar maiores danos ao ofendido. Segundo interpretação doutrinária, deve haver pelo menos a presença de três pessoas, excluídos o ofendido, o ofensor e eventual copartícipe.

e) Por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria (inc. III, 2ª parte): o inciso III menciona uma segunda majorante, que diz respeito a outro meio que facilite a divulgação das ofensas irrogadas contra o ofendido. São eles: palavra escrita em muros, alto-falante.

f) Crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa (parágrafo único): trata-se de motivo torpe, desprezível. Não é necessário que se realize a efetiva entrega da recompensa antes do crime, bastando apenas a sua promessa. A circunstância tem caráter pessoal, porque se trata do motivo do crime, ou seja, algo ligado ao agente, não ao fato (é o autor quem tem motivos para fazer ou deixar de fazer alguma coisa e não o fato). Tratando-se, assim, de circunstância de caráter pessoal, não se comunica ao coautor ou partícipe, nos termos expressos do art. 30 do CP.

g) Contra pessoa maior de 60 anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria (inc. IV): o Estatuto do Idoso acrescentou ao art. 141 do CP um quarto inciso, estabelecendo mais uma hipótese de causa de aumento de pena, quando a calúnia ou difamação forem praticadas contra maior de 60 anos ou portador de deficiência física ou mental. Diferentemente dos outros três incisos do mencionado art. 141, que se estendem a todos os crimes contra a honra, a majorante desse novo inciso IV não incide sobre a injúria.

2. CAUSAS ESPECIAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE – CRIMES DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ART. 142)

Prevalece o entendimento de que o art. 142 relaciona causas excludentes da ilicitude ou da antijuridicidade.

2.1. A ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador (inc. I)

Trata-se da primeira causa excludente da criminalidade. É a denominada imunidade judiciária. São requisitos legais da imunidade judiciária que a ofensa seja irrogada em juízo, tenha relação com a discussão da causa e seja irrogada pela parte ou por seu procurador.

2.1.1. *Ofensa irrogada em juízo*

A expressão "juízo" também compreende o processo administrativo (nesse sentido: STF, *DJU* de 17-6-1994, p. 15706). Não há imunidade se a ofensa for proferida fora dos autos, ou seja, fora da discussão da causa, fora do curso dos debates, por exemplo, no recinto do fórum (nesse sentido: STF, *RT* 543/431).

2.1.2. *Nexo entre a ofensa irrogada e a discussão da causa*

Deve haver conexão entre a expressão injuriosa ou difamatória irrogada e o objeto do litígio. Deve ser necessária à discussão da causa, ou seja, deve ser necessariamente útil à realização da defesa.

2.1.3. *Ofensa irrogada pela parte ou seu procurador*

A lei delimita taxativamente a extensão da imunidade judiciária, fazendo expressa referência à parte ou a seu procurador. Consideram-se *parte* o autor, o réu, o opoente, o litisconsorte, o assistente etc. O representante do Ministério Público, sob a ótica processual, também é considerado parte, de modo que a imunidade judiciária também o acoberta (nesse sentido: STF, *RT* 584/433). *Procurador* é a pessoa legalmente habilitada para postular em juízo em nome da parte. Os sujeitos processuais, tais como os Juízes, serventuários da Justiça, testemunhas, peritos ou assistentes técnicos, não são beneficiados pela imunidade judiciária, contudo qualquer ofensa por eles irrogada no transcurso do processo poderá ser acobertada pela causa excludente da criminalidade prevista no art. 142, III, do CP ou, conforme o caso, pelo art. 23, III (1ª parte), do CP, se tiverem agido no cumprimento de dever legal. No tocante ao *Magistrado*, o STF já teve oportunidade de fazer uma análise sobre a possibilidade de ele ser responsabilizado pelos excessos de linguagem no discurso judiciário (STF, Plenário, QCR 501/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 28-11-1997, p. 62222).

A imunidade judiciária abrange, além das ofensas irrogadas entre as partes ou seus procuradores, as ofensas proferidas contra sujeitos estranhos à relação processual, por exemplo, contra a testemunha do processo, o perito, o assistente técnico, desde que tenham pertinência com a discussão da causa (STF, *RT* 624/376).

A imunidade judiciária acoberta as ofensas irrogadas pela parte ou procurador contra membro do Ministério Público? Lembre-se que o membro do Ministério Público é considerado parte no sentido formal, de modo que a imunidade abrange as ofensas contra ele irrogadas. Ressalve-se, contudo, a posição do STJ e do STF no sentido de que, quando o Promotor de Justiça atua como *custos legis*, não sendo, nesse caso, considerado parte, a ofensa contra ele proferida não

é acobertada pela imunidade penal (STJ, *RT* 620/386, 668/351; STF, *RTJ* 122/1013).

A imunidade judiciária acoberta as ofensas irrogadas pela parte ou procurador contra o Magistrado?

- Posição jurisprudencial majoritária: em que pese a inexistência de limitação na lei, a jurisprudência consagrou entendimento no sentido de que a ofensa irrogada contra Magistrado não é acobertada pela imunidade judiciária (STJ, *RT* 726/614; no mesmo sentido: STF, *RJTACrimSP* 31/449).
- Posição doutrinária majoritária: a doutrina, na atualidade, vem contrariando esse entendimento, opondo-se, inclusive, à posição pacífica dos Tribunais. Argumenta-se que o tipo permissivo não faz nenhuma restrição à pessoa ofendida. Com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 133) e da Lei n. 8.906/94, passou-se também a argumentar no sentido de que a Constituição Federal "assegura ao advogado, no exercício profissional, não apenas a *imunidade material* contida no art. 142, I, do CP, mas também verdadeira *inviolabilidade profissional*, em juízo ou fora" (BITENCOURT, 2001, v. 2, p. 393).

Com relação à imunidade penal e ao Estatuto da OAB, destacamos: o art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94 ampliou as hipóteses do art. 142, I, do CP, passando a prever a imunidade penal do advogado não só nos crimes de injúria e difamação mas também no crime de desacato. Tal disposição, contudo, foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, sendo certo que o preceito legal foi suspenso parcialmente no que tange ao crime de desacato (STF, ADInMC 1.127, de 5-10-1994, *RTJ*, 178/67).

2.2. A opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar (inc. II)

Aquele que expõe a sua obra ao público está sujeito à censura, ao risco da crítica. É o denominado *risco profissional*. Dessa forma, o Código Penal autoriza a crítica literária, artística ou científica, ainda que em termos severos. Há, contudo, limites à liberdade de crítica. O próprio dispositivo legal afasta a imunidade quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar, ou seja, quando presente o *animus injuriandi vel diffamandi*.

2.3. O conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício (inc. III)

O funcionário público (membro do Ministério Público, Magistrado, Vereador,

Deputado, Senador, Chefe do Poder Executivo etc.), no cumprimento do seu dever de ofício, é obrigado a fazer relatos, informar, expender opiniões, porém, muitas vezes, para o fiel relato dos fatos, ele é obrigado a utilizar-se de expressões ultrajantes, de modo que, se fosse penalmente sancionado por emitir tais conceitos desfavoráveis, isso constituiria obstáculo ao correto cumprimento de seu dever de ofício. Damásio de Jesus (2000a, p. 484) nos proporciona o seguinte exemplo: "A autoridade policial, no relatório do inquérito policial, dá informações a respeito dos péssimos antecedentes do indiciado. Nesse sentido: *RT* 599/349 e 727/516 e 518". Com relação à *imunidade parlamentar*, veja arts. 27, § 1º, 29, VIII, e 53 da CF.

2.4. Nos casos dos incisos I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade (parágrafo único)

Prevê o parágrafo único a responsabilização do agente pelo crime de injúria ou difamação, se der publicidade às ofensas irrogadas em juízo pela parte ou procurador na discussão da causa (inc. I) ou conferir publicidade ao conceito desfavorável emitido por funcionário público (inc. III).

3. RETRATAÇÃO – CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO (ART. 143)

Prevê o art. 143 do CP a possibilidade de o querelado, antes da sentença, retratar-se cabalmente da calúnia ou da difamação, ficando isento de pena. Retratar significa retirar o que disse. O agente reconsidera o que foi por ele afirmado anteriormente. A retratação é possível nos crimes de calúnia e difamação, pois aqui há a imputação de fatos à vítima, no primeiro caso criminosos, interessando a ela que o ofensor os declare inverídicos, de modo a reparar os prejuízos sofridos; no crime de injúria, por sua vez, a retratação é incabível, tendo em vista que não importa à vítima que o ofensor desdiga as qualidades negativas, até porque a reconsideração poderá importar prejuízos morais muito maiores. A retratação na Lei de Imprensa (art. 26 da Lei n. 5.250/67) era cabível em todos os crimes contra a honra, inclusive no crime de injúria (*vide* comentários constantes do item 2.1., o qual trata da ADPF 130, tendo por objeto a referida Lei). A retratação constitui causa extintiva da punibilidade (art. 107, VI, do CP).

4. PEDIDO DE EXPLICAÇÕES EM JUÍZO – CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ART. 144)

Cuida o presente dispositivo do "pedido de explicações". Trata-se de medida concedida àquele que se julga ofendido em sua honra para ir a juízo e solicitar

esclarecimentos do indivíduo sobre situações, expressões ou frases equívocas, que possam constituir eventual crime de calúnia, difamação ou injúria.

> A equivocidade da ofensa pode resultar do sentido duplo da palavra, por exemplo, formidável (do latim *formidabilis*) é adjetivo que significa terrível, pavoroso, medonho etc., mas na linguagem do povo é sinônimo de admirável, notável e magnífico [...] A equivocidade ainda pode resultar do modo vago, impreciso da ofensa, por exemplo, "o maior ladrão ocupa importante cargo na Diretoria". Enfim, a dubiedade pode resultar, quer de referência à pessoa, quer do conteúdo da ofensa (NORONHA, 1994, v. 2, p. 134-135).

Ausente a equivocidade, a dubiedade da ofensa, a interpelação é inadmissível.

5. AÇÃO PENAL – CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ART. 145)

Regra geral: a ação penal é de iniciativa privada nos três delitos contra a honra.

Exceções:

a) Injúria real (art. 140, § 2º, do CP). Cumpre fazer algumas distinções:

- Se da violência empregada resultam vias de fato: a ação penal é de iniciativa privada, pois as vias de fato são absorvidas pelo crime de injúria, que é delito mais grave.
- Se da violência empregada resultam lesões corporais: a ação penal é pública incondicionada, consoante o disposto no art. 145, uma vez que a integridade física sempre foi considerada um bem indisponível, daí a iniciativa pública da ação penal nos crimes de lesão corporal, sejam de natureza leve, grave ou gravíssima. Com o advento do art. 88 da Lei n. 9.099/95, contudo, a lesão corporal leve passou a ser crime de ação penal pública condicionada à representação, ou seja, concedeu-se ao ofendido o direito de autorizar ou não a propositura da ação penal pelo órgão ministerial, de modo que a situação passou a ser a seguinte: 1º) se da violência empregada advém lesão corporal de natureza grave: a ação penal no crime de injúria real continua a ser pública incondicionada; 2º) se da violência empregada advém lesão corporal de natureza leve: a ação penal no crime de injúria real passa a ser condicionada à representação, em face da alteração promovida pela Lei n. 9.099/95, que exige a representação do ofendido nos crimes de lesões corporais de natureza leve[1].

b) Injúria decorrente de preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (CP, art. 140, § 3º): a ação penal é pública condicionada à representação do ofendido (CP, art. 145, parágrafo único, com a redação determinada pela Lei n. 12.033, de 29 de

setembro de 2009).

c) Se os delitos forem cometidos contra o Presidente da República ou contra Chefe de Governo estrangeiro (art. 141, I, do CP): a ação penal é pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

d) Se os delitos forem cometidos contra funcionário público, em razão de suas funções (art. 141, II, do CP): a ação penal é pública condicionada à representação do ofendido. O STF, no entanto, editou a Súmula n. 714:

> É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

Não basta que a ofensa seja irrogada contra o funcionário público ou no seu local de trabalho, mas se exige que ela tenha estreita relação com a função por ele exercida. A jurisprudência diverge quanto ao funcionário público aposentado. Alguns entendem que, se o crime é praticado contra quem não exerce mais a função, a ação será privada, ainda que as ofensas se refiram ao exercício do cargo (nesse sentido: STJ, *RT* 714/418; STF, *RT* 542/449). Para outros, pouco importa que no momento no qual as ofensas sejam irrogadas esteja o funcionário aposentado, continuando a ação penal a ser pública condicionada à representação do ofendido (nesse sentido: STJ, *RSTJ* 51/167).

1 Em sentido contrário: Damásio de Jesus (2000a, p. 488). Para ele, em se tratando de crime complexo, a lesão corporal perde a sua autonomia, não sendo alcançada pela exigência de representação prevista no art. 88 da Lei n. 9.099/95. Julio Fabbrini Mirabete (1999, p. 819), por sua vez, sustenta que, "embora o crime de lesões corporais tenha passado a ser objeto de ação penal pública condicionada, não tendo havido alteração no art. 145 do CP, por falta de previsão legal expressa não se exige a representação para o crime de injúria real".

CAPÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL

Seção I

Dos crimes contra a liberdade pessoal

Art. 146 – Constrangimento ilegal

1. OBJETO JURÍDICO

O crime de constrangimento ilegal integra a seção intitulada “Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal”. A liberdade pessoal consiste na liberdade de autodeterminação, compreendendo a liberdade de pensamento, de escolha, de vontade e de ação.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

Prevê o 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.

A conduta tem seu núcleo no verbo “constranger”, que significa coagir, compelir, forçar, obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo a que por lei não está obrigado. Há primeiramente a ação de constranger realizada pelo coator, que é seguida pela realização ou abstenção de um ato por parte do coagido. A ação de constranger deve ser ilegítima, ou seja, o coator não deve ter o direito de exigir da vítima a realização ou abstenção de determinado comportamento.

2.2. Ação física

Segundo o texto legal, os meios de execução do constrangimento consistem no emprego de violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência do ofendido. Vejamos, a seguir, cada um deles.

2.2.1. *Coação mediante violência*

Consiste no emprego de força física contra o coagido, a fim de cercear a sua liberdade de escolha e obter o comportamento desejado. A violência pode ser:

a) direta ou imediata: é aquela empregada diretamente contra a vítima. Por exemplo: amordaçá-la, dar-lhe choques elétricos, fazê-la inalar gás, amarrá-la etc.;

b) indireta ou mediata: é aquela empregada sobre a coisa ou pessoa vinculada

ao sujeito passivo, atingindo-o de maneira indireta. Por exemplo: empregar violência contra o filho do coagido, a fim de que ele sinta-se constrangido e realize o comportamento almejado pelo coator, ou, então, tirar as muletas de um deficiente ou o guia de um cego.

2.2.2. *Coação mediante ameaça*

Trata-se aqui da violência moral. É a promessa, oral ou escrita, dirigida a alguém, da prática de um mal, iminente ou futuro, de modo a exercer poder intimidatório sobre essa pessoa. Requisitos da ameaça:

a) Deve ser grave, por exemplo, ameaça de morte.

b) O mal anunciado deve ser certo (não pode ser vago), verossímil (que seja possível de ser concretizado), iminente (que esteja prestes a acontecer) e inevitável (a evitabilidade do mal não gera poder inibitório sobre o coagido).

c) Não se exige a presença do ameaçado, pois a coação pode ser feita por escrito ou por intermédio de interposta pessoa, uma vez que o ameaçado pode ser terceira pessoa (“Se você não matar Pedro, eu sequestro a sua esposa”). Cuida-se aqui da ameaça indireta.

Não se deve confundir o crime de constrangimento ilegal mediante o emprego de ameaça com o crime de ameaça (art. 147 do CP). Neste, a finalidade do agente é simplesmente intimidar a vítima, ao passo que no constrangimento ilegal a ameaça é o meio de que o agente se serve para obter determinado comportamento da vítima.

2.2.3. *Qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência do ofendido*

Cuida-se aqui do uso de outros meios, tais como a hipnose, os narcóticos, o álcool etc.

2.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Pode ser praticado por qualquer pessoa. Se, entretanto, o agente for funcionário público praticando o crime no exercício de suas funções, ocorrerá outro tipo penal: art. 3º da Lei de Abuso de Autoridade ou arts. 322 ou 350 do CP (para aqueles que entendem que os mencionados dispositivos legais do Código Penal ainda estão em vigor).

2.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa física que possua capacidade de querer. O ofendido deve ter consciência de que a sua liberdade de querer está sendo tolhida. A conduta de atentar contra a liberdade pessoal do Presidente da República, do Senado

Federal, da Câmara dos Deputados ou do STF constitui crime contra a Segurança Nacional (art. 28 da Lei n. 7.170/83).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo (direto ou eventual), que consiste na vontade livre e consciente de constranger a vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Não basta, entretanto, o dolo, consistente na vontade de coagir, para que o crime em tela se configure, pois é necessário um fim especial de agir, que se consubstancia na vontade de obter a ação ou omissão indevida, ou seja, a vítima deve fazer o que a lei não determina ou não deve fazer o que ela manda. Ausente essa finalidade especial, o crime poderá ser outro, conforme seja empregada ameaça ou violência física (crimes de ameaça, contravenção penal de vias de fato, lesões corporais).

Não há previsão legal da modalidade culposa do crime de constrangimento ilegal.

4. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime material, de conduta e resultado naturalístico. O crime se consuma no momento em que a vítima faz ou deixa de fazer alguma coisa.

5. TENTATIVA

Tratando-se de crime material, a tentativa é perfeitamente possível. Isso ocorre na hipótese em que o ofendido não se submete à vontade do agente, apesar da violência, grave ameaça ou qualquer outro meio empregado.

6. FORMAS

6.1. Simples

É a modalidade dolosa prevista no *caput*.

6.2. Majorada

É a modalidade prevista no § 1º:

> As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

a) Número mínimo de quatro pessoas: a majorante em estudo refere-se à prática do delito de constrangimento ilegal mediante o concurso de agentes. Exige-se o número mínimo de quatro pessoas.

b) Emprego de armas: não se exige o emprego de mais de uma arma; a lei faz menção ao gênero e não ao número. É necessário que a arma (própria ou imprópria) seja utilizada pelo agente para lesionar ou ameaçar, não se

configurando o agravamento pelo simples porte dela. Se, entretanto, o porte é ostensivo e a arma usada com o propósito de infundir medo, ocorre a majorante.

Emprego de armas e Estatuto do Desarmamento: questão interessante versa sobre o constrangimento ilegal exercido com o emprego de arma de fogo da qual o agente não possua autorização para porte. A pena do crime de constrangimento ilegal mediante utilização de arma de fogo é de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. A pena do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Se a arma de fogo for de uso restrito, a pena é de reclusão, de três a seis anos, e multa. Os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento (crime-meio), portanto, em termos de sanção penal, são mais graves que o crime de constrangimento ilegal (crime-fim). Embora isso ocorra, a princípio, como tal artefato foi utilizado no crime de constrangimento ilegal, o emprego deve restar absorvido, porque tudo se passou em um mesmo contexto fático, de modo que tal conduta integrou o *iter criminis* do delito previsto no art. 146, § 1º. Nesse caso, não importa a maior severidade do crime-meio. Embora desproporcional, o agente deve responder pelo constrangimento ilegal majorado, ficando o emprego da arma de fogo absorvido. É estranho: o delito mais grave fica absorvido pelo mais leve, entretanto não há outro modo, pois a finalidade do sujeito ativo era a de praticar crime contra a liberdade individual. Tais problemas derivam da falta de critério do legislador no momento de cominar as penas dos delitos previstos no Estatuto do Desarmamento. Imaginemos um sujeito portando ilegalmente uma arma de fogo de uso restrito e outro empregando tal arma no cometimento do constrangimento ilegal. A primeira conduta, a despeito de inequivocamente menos perniciosa, é punida de modo mais rigoroso. Se o mesmo sujeito porta ilegalmente tal arma e depois a emprega em um crime de constrangimento ilegal, a melhor solução será o concurso material de crimes. Como antes do constrangimento ilegal, em contexto fático distinto, o agente já perambulava pelas ruas portando a arma de fogo sem licença da autoridade, e somente depois, em situação bem destacada e distinta, pratica o crime contra a liberdade individual, deve responder por ambos os crimes (porte ilegal e constrangimento ilegal tentado ou consumado) em concurso material.

6.3. Culposa

Não há previsão legal da modalidade culposa do crime de constrangimento ilegal.

7. CONCURSO DE CRIMES

Prevê o § 2º do art. 146:

Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

Significa que o sujeito o qual pratica constrangimento ilegal ferindo a vítima deve responder por dois crimes em concurso material: constrangimento ilegal e lesão corporal (leve, grave, gravíssima) ou lesão corporal seguida de morte. Em tese, a regra seria a do concurso formal de crimes, mas o legislador optou por estabelecer a regra do concurso material. Observe-se que a lei não se refere à ameaça, pois esta geralmente é meio empregado para o cometimento do crime de constrangimento ilegal.

Em que pese o crime de constrangimento ilegal tratar-se de crime subsidiário, nada obsta que haja concurso material entre os delitos primários (roubo, extorsão, estupro etc.) e o crime de constrangimento ilegal. Basta que este não constitua meio de execução do delito principal. Poderá, assim, ocorrer no crime de roubo, na hipótese em que a violência ou a ameaça empregadas não se destinarem a assegurar a detenção da *res furtiva* nem a impunibilidade do crime.

8. CAUSAS ESPECIAIS DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE

Prevê o art. 146, § 3º, do CP:

Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II – a coação exercida para impedir suicídio.

Intervenção médica ou cirúrgica (inc.): de acordo com a lei, o iminente perigo de vida deve estar presente, ou seja, a intervenção médica ou cirúrgica deve ser urgente, inadiável, em face de iminente morte do enfermo. Nessa situação, autoriza-se a intervenção ainda que não haja consentimento do paciente. A conduta não constitui, assim, fato típico diante da ausência de uma elementar exigida pela lei.

Coação exercida para impedir suicídio (inc. II): trata-se também de estado de necessidade de terceiro elevado à categoria de causa excludente da tipicidade. Aquele que coage outrem, mediante o emprego de violência ou ameaça, a não praticar o suicídio (não nos esqueçamos de que o suicídio é ato antijurídico) não comete o crime de constrangimento ilegal. O fato é atípico.

9. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, que independe de representação do ofendido ou de seu representante legal.

Art. 147 – Ameaça

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se com o dispositivo a liberdade psíquica, íntima.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

A conduta típica é "ameaçar", que significa intimidar, anunciar ou prometer castigo ou malefício. Os meios de execução da ameaça são os expressamente relacionados na lei: mediante palavras (por telefone), escritos (por meio de correspondência, *e-mail*, fax), gestos (apontar arma de fogo) ou qualquer outro meio simbólico (enviar uma faca dentro de uma caixa de presente, pendurar uma caveira na porta da casa da vítima, enviar um boneco perfurado com agulhas). Segundo a doutrina, pode a ameaça ser:

a) Direta: a promessa de mal refere-se ao sujeito passivo ou ao seu patrimônio, por exemplo: "o seu fim está mais próximo do que você espera" ou "qualquer dia desses você chegará em sua casa e somente verá cinzas dela".

b) Indireta: a promessa refere-se a terceira pessoa ligada à vítima, por exemplo: "eu sei onde seu filho trabalha, por isso posso muito bem sequestrá-lo".

c) Explícita: quando manifestada de maneira expressa, clara, induvidosa, por exemplo: "eu ainda vou te matar" ou, ainda, a exibição ostensiva de uma arma de fogo.

d) Implícita: quando, embora não formulada de maneira expressa e induvidosa, pode ser depreendida do comportamento, gesto ou palavras do agente, por exemplo: "o destino dos meus desafetos geralmente é o cemitério".

e) Condicional: quando o mal prometido estiver na dependência de um acontecimento.

2.2. Elementos normativos do tipo – mal injusto e grave

São requisitos legais que o mal prenunciado seja:

a) Injusto: ao contrário do crime de constrangimento ilegal, exige a lei que o mal prometido seja injusto. Assim será considerado quando o sujeito não tiver qualquer apoio legal para realizá-lo. Se digo a alguém que vou sequestrá-lo, o mal anunciado é, assim, injusto, pois ninguém tem o direito de sequestrar outrem.

b) Grave: trata-se aqui da extensão do dano. O mal prometido deve ser grave, ou seja, o dano anunciado (econômico, físico ou moral) deve ser de importância capital para a vítima, de modo que seja capaz de intimidá-la.

Discute-se na doutrina e na jurisprudência se o crime de ameaça exige que o mal prenunciado seja futuro. Há duas correntes:

- O mal prenunciado deve ser futuro, embora próxima a sua realização, não se configurando o crime se o mal prometido se concretizar no instante em que a ameaça é proferida (nesse sentido: BITENCOURT, 2001, v. 2, p. 433; *RT* 720/483).
- O mal pode ser atual ou futuro, não se fazendo distinção entre ameaça "em ato" e ameaça de "mal futuro". Nesse sentido: Damásio de Jesus (2000a, p. 494); *RT* 438/411.

2.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticar o crime em questão. Em caso de conduta de funcionário público no exercício de suas funções, pode a ameaça integrar o crime de abuso de autoridade (art. 3º da Lei n. 4.898/65).

2.4. Sujeito passivo

Pessoa física com capacidade de entender e, portanto, sujeita à intimidação. Não pode ser sujeito passivo a pessoa jurídica. O sujeito passivo deve ser determinado ou, ao menos, pelo conteúdo da ameaça, determinante. Não podem ser sujeitos passivos as crianças, os loucos de todo gênero e os enfermos mentais, pois não são passíveis de intimidação, uma vez que a ausência total da capacidade de entendimento os impede de avaliar a gravidade do mal prometido e, portanto, de se sentirem violados em sua liberdade psíquica. A ameaça contra Presidente da República, do Senado, da Câmara ou do STF constitui crime contra a Segurança Nacional (art. 28 da Lei n. 7.170/83).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, direto ou eventual, consistente na vontade livre e consciente de ameaçar alguém de causar-lhe mal injusto e grave. Caso a intenção seja que a vítima apresente determinado comportamento, não haverá ameaça e sim o crime de constrangimento ilegal.

Não basta a vontade de ameaçar, pois é necessário um fim especial de agir, consistente na vontade de intimidar, de incutir medo na vítima, de cercear a sua liberdade psíquica. Isso não ocorre quando a ameaça é proferida com *animus jocandi*. A doutrina e a jurisprudência muito divergem acerca da caracterização do crime de ameaça quando o mal prometido for proferido em momento de ira, cólera, revolta ou em estado de embriaguez. Vejamos os posicionamentos:

- A ameaça exige ânimo calmo e refletido. Não se pode, assim, considerar

como séria a promessa de mal proferida em momento de ira, cólera ou revolta. Há aqui a ausência do propósito específico de causar temor ou inquietação na vítima (nesse sentido: HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 188; *JTACrimSP* 87/415, 70/334, 98/64; *RT* 473/388, 527/387, 568/297).

- A ameaça não exige ânimo calmo e refletido. Configura, assim, o crime em tela a promessa de mal proferida em momento de ira, cólera ou revolta. Tais estados, na realidade, não excluem a vontade de intimidar; pelo contrário, em geral, a ira é a força propulsora da vontade de intimidar, sendo, aliás, capaz de provocar maior temor na vítima quando proferida nesse estado emocional. Argumenta-se, ainda, que o nosso sistema penal nem ao menos reconhece a emoção e paixão como causas excludentes de responsabilidade penal (nesse sentido: BITENCOURT, 2001, v. 2, p. 434; JESUS, 2000a, p. 496; MIRABETE, 1999, p. 835; *RT* 607/313, 639/310, 677/370).

4. MOMENTO CONSUMATIVO

Ao contrário do crime de constrangimento ilegal, trata-se de crime formal. O delito consuma-se no momento em que a vítima toma conhecimento da ameaça, independentemente de se sentir efetivamente ameaçada e de se concretizar o mal prenunciado. Bastam o emprego de meios idôneos atemorizadores e o conhecimento pela vítima para a configuração do delito em tela.

5. TENTATIVA

Trata-se de crime formal, contudo tal aspecto não impede a tentativa do crime em questão, como no extravio de carta ameaçadora (nesse sentido: NORONHA, 1994, v. 2, p. 159; em sentido contrário: HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 188; BITENCOURT, 2001, v. 2, p. 436). Na hipótese há um *iter criminis* que pode ser fracionado.

6. CONCURSO DE CRIMES

A ameaça é um delito tipicamente subsidiário. Quando for meio para a prática de outros delitos, será por eles absorvida (roubo, constrangimento ilegal, extorsão, estupro). Nesses crimes, a ameaça funciona como elementar do tipo penal, constando, portanto, de sua descrição típica.

7. DISTINÇÕES ENTRE CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL E DE AMEAÇA

Enquanto no crime de ameaça o prenúncio deve incidir sobre o mal injusto e grave, no de constrangimento ilegal exige-se que o mal prenunciado seja simplesmente grave, podendo ser justo. Na ameaça, o agente pretende

atemorizar o sujeito passivo; no constrangimento ilegal, tenciona uma conduta positiva ou negativa da vítima.

8. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Art. 148 – Sequestro e cárcere privado

1. OBJETO JURÍDICO

Sob a rubrica "sequestro e cárcere privado", contempla o CP, em seu art. 148, mais um crime contra a liberdade individual. A lei tutela, agora, a liberdade física do sujeito passivo, notadamente a liberdade de locomoção.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear e meios executórios

Prevê o art. 148, *caput*:

> Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: (...)

A ação nuclear do tipo penal é o verbo "privar", que significa destituir alguém de sua liberdade, no caso, de locomoção. A privação da liberdade se dá por dois modos: mediante sequestro ou cárcere privado. A doutrina costuma distinguir os termos sequestro e cárcere privado, contudo, na prática, recebem o mesmo tratamento penal. O sequestro (gênero), embora a vítima seja submetida à privação da liberdade de locomoção, não implica confinamento (manter uma pessoa em um sítio, em uma praia). No cárcere privado (que constitui uma espécie do gênero sequestro), por sua vez, a vítima vê-se submetida à privação da liberdade em recinto fechado, enclausurado, confinado (manter a vítima em um quarto fechado). Importa notar que a privação da liberdade não precisa ser total. Basta que a vítima não possa se desvencilhar do sequestrador sem que corra perigo pessoal para que se configure o crime em tela (nesse sentido: HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 193).

O crime de sequestro ou cárcere privado pode realizar-se por duas formas:

- Detenção: levar a vítima para outra casa e prendê-la em um quarto.
- Retenção: impedir que a vítima saia de casa.

Sendo a liberdade um bem jurídico disponível, não há que se falar no crime quando existir o consentimento válido da vítima. Desse modo, a internação de um indivíduo em uma clínica para alcoólatras, mediante a sua autorização, não configura o crime em tela.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode cometê-lo. Caso o agente seja funcionário público no exercício de suas funções, poderá ocorrer outro delito (arts. 3º, *a*, e 4º, *a*, da Lei n. 4.898/65; arts. 322 ou 350 do CP, para aqueles que entendem que esses dispositivos do Código Penal não foram revogados).

2.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo, inclusive deficientes motores, pois estes também têm liberdade de movimento, ainda que exercida mediante o auxílio de cadeiras de rodas ou muletas ou mediante a ajuda de outrem. A lei também tutela a liberdade de locomoção das crianças (quanto a estas, poderá configurar crime previsto no art. 230 do ECA), loucos, pessoas inconscientes, independentemente de sua capacidade de entendimento.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de privar a vítima de sua liberdade de locomoção. Não registra a lei qualquer finalidade específica, podendo ocorrer o crime por vingança, ciúme etc. O sequestro, porém, é um crime subsidiário e, por isso, tendo o agente finalidade de receber vantagem, há extorsão mediante sequestro (art. 159); se subtrair menor de 18 anos com a finalidade de cuidar dele e não de privar a sua liberdade de locomoção, haverá o crime de subtração ou sonegação de incapazes (arts. 248 e 249 do CP); se praticar com a finalidade de atentar contra a Segurança Nacional, o fato será enquadrado no art. 20 da Lei de Segurança Nacional; se a finalidade da detenção ou retenção for corretiva, configura-se o crime de maus-tratos (art. 136 do CP); se a retenção for realizada para satisfazer pretensão legítima, haverá o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP).

4. CONSUMAÇÃO

Trata-se de crime material. A consumação ocorre no instante em que a vítima se vê privada da liberdade de locomoção. Cuidando-se de delito permanente, perdura a consumação enquanto o ofendido estiver submetido à privação de sua liberdade de locomoção. Colocá-lo em liberdade não exclui, portanto, o delito. Por se tratar de crime permanente, autoriza-se a prisão em flagrante do agente enquanto perdurar a privação ou restrição da liberdade de movimento da vítima.

Com relação à necessidade de duração da privação de liberdade, há duas correntes:

- Para a primeira, é irrelevante o tempo de duração da privação ou restrição da liberdade; o crime consuma-se no momento em que a vítima se vê privada de sua liberdade de locomoção. Configura-se, assim, o crime se a vítima é transportada em automóvel sem possibilidade de invocar socorro, por curto espaço de tempo (nesse sentido: TJSP, *RT* 742/613).
- A outra corrente exige que a privação da liberdade perdure por tempo razoável, uma vez que, sendo momentânea, há apenas tentativa ou crime de constrangimento ilegal (nesse sentido: TJSP, *RT* 551/324).

5. TENTATIVA

É possível na forma comissiva do delito, pois se trata aqui de crime plurissubsistente, havendo um *iter criminis* a ser fracionado. Se o agente realiza os atos executórios sem que logre privar ou restringir a liberdade de locomoção, haverá, assim, tentativa. Por exemplo, o agente está prestes a amarrar a vítima a uma árvore quando é surpreendido; o agente está prestes a colocar a vítima no porta-malas do carro quando é impedido por terceiros. Em tais casos, há tentativa do crime em estudo, pois não houve produção do resultado naturalístico, qual seja a efetiva privação da liberdade de movimento. Ressalte-se que a privação ou restrição momentânea da liberdade de movimento, segundo nosso entendimento, leva à consumação do crime e não à tentativa (vítima que é amarrada a uma árvore, mas instantes depois é encontrada pela Polícia).

6. FORMAS

6.1. Simples

É a forma dolosa prevista no *caput* do art. 148 do CP. A pena é de reclusão de um a três anos.

6.2. Qualificada

Descrita no § 1º. A pena é de reclusão de dois a cinco anos. A seguir, a análise de cada inciso:

- Vítima ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 anos (inciso I): justifica-se a exasperação da pena pelos laços de sangue ou afetivos desrespeitados pelo agente. A qualificadora não pode ser interpretada extensivamente, de maneira que não incide nas hipóteses de ser o ofendido padrasto ou genro do sujeito ativo. No tocante ao companheiro, a sua inclusão expressa nesse rol foi operada pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, a qual veio atender ao preceito constitucional do art. 226, § 3º, da CF, que reconhece expressamente a união estável entre homem e

mulher como entidade familiar.Vale mencionar que, recentemente, o Plenário do STF reconheceu como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo (ADPF n. 132, cf. Informativo do STF n. 625, Brasília, 2 a 6 de maio de 2011). No tocante ao maior de 60 anos, a referida qualificadora foi incluída no inciso I do § 1º pelo art. 110 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

- Crime praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital (inciso II): há aqui o emprego de fraude, de artifício, que demonstra a maior periculosidade do agente, daí a previsão de sanção mais grave. Haverá erro de tipo se o agente supuser que a vítima efetivamente necessite ser internada.
- Privação da liberdade superior a 15 dias (inc. III): o prazo deve ser contado de acordo com a regra do art. 10 do CP, isto é, inclui-se o dia do começo. A qualificadora baseia-se no maior tempo de duração da privação da liberdade da vítima, o qual faz intensificar o seu sofrimento e o de seus familiares, demonstrando também maior periculosidade do agente, que se mostra indiferente a essa situação.
- Crime praticado contra menor de 18 anos (inc. IV): tal qualificadora foi acrescentada ao § 1º do art. 148 do CP pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, atendendo ao disposto na Constituição Federal, a qual determinou:

  A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º, da CF).

Trata-se de *novatio legis in pejus*, a qual não poderá retroagir para prejudicar o réu.

- Crime praticado com fim libidinoso (inc. V): a mencionada qualificadora também foi acrescida ao § 1º do art. 148 pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, a qual revogou todos os crimes de rapto (arts. 219 a 222 do CP). O rapto violento ou mediante fraude (art. 219 do CP) consistia na privação da liberdade da mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso, diferenciando-se do crime do art. 148 em três aspectos: a) a vítima deveria ser mulher; b) honesta; c) o rapto deveria ser realizado com fim libidinoso. A pena do rapto era mais severa, reclusão de dois a quatro anos, enquanto o sequestro é sancionado com a pena de reclusão de um a três anos. A partir da entrada em vigor da Lei n. 11.106/2005, a privação, com fim libidinoso, da liberdade de qualquer pessoa será enquadrada no crime de sequestro ou cárcere privado na forma qualificada (art. 148, § 1º,V, do CP).

Convém notar que a Lei n. 11.106/2005 também cuidou de revogar o art. 220

do CP, qual seja o rapto consensual, constituindo verdadeira *abolitio criminis*, dado que o rapto de mulher honesta maior de 14 anos e menor de 21 anos (com o Código Civil de 2002, a idade tinha sido alterada para 18 anos), operado com o seu consentimento, não mais constitui crime.

No tocante à aplicação da lei penal no tempo, podemos observar:

a) A lei, no que diz respeito ao art. 219 do CP, não operou *abolitio criminis*, pois o fato continuou sendo considerado criminoso pelo art. 148, § 1º, V, do CP. Não houve descontinuidade normativa no trato da matéria, ao contrário, a lei apenas cuidou de enquadrar o fato em outro dispositivo legal mais genérico, cuja pena é mais grave. O fato, portanto, não passou a ser considerado atípico. Diante disso, duas situações poderão ocorrer: se o crime já se havia encerrado, aplica-se a lei anterior mais benéfica ultrativamente, pois a lei penal não pode retroagir para prejudicar o agente (art. 5º, XL, da CF); se a vítima continuou sendo mantida em cativeiro, após a incidência da legislação mais severa, como se trata de crime permanente, terá aplicação a nova regra, aplicando-se a Súmula n. 711 do STF.

b) Se o agente já mantinha em sequestro ou cárcere privado, antes da entrada em vigor da nova lei, prostituta ou pessoa do sexo masculino, com fim libidinoso, a consequência será a mesma da hipótese anterior: se o crime já se havia encerrado, responderá apenas pelo sequestro em sua forma simples, ficando impossibilitada a retroatividade da lei penal mais grave; se a vítima continuar sendo mantida em sequestro, mesmo após a incidência da nova lei, será o agente alcançado pela inovação legislativa *in pejus*, à luz do que dispõe a Súmula n. 711 do STF. O crime permanente se prolonga no tempo e, dessa forma, continua a ser praticado mesmo após a entrada em vigor da *novatio legis*, submetendo-se a ela.

6.2.1. *Qualificada pelo resultado*

Descrita no § 2º, nos seguintes termos:

> Se resulta à vítima, em razão dos maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: (...)

A pena é de reclusão de dois a oito anos. Dessa forma, a previsão legal tem em vista *o grave sofrimento físico ou moral* do ofendido em razão dos maus-tratos produzidos pelo ofensor ou pela natureza da detenção.

- Maus-tratos: é o emprego de meios que acarretam grave sofrimento à vítima, seja a ofensa a sua saúde física, como privar a vítima de refeições, impedir que ela durma, sujeitá-la às intempéries (chuva, sol, frio); seja a ofensa a sua

saúde mental (expô-la constantemente a situações vexatórias ou humilhantes). Se dos maus-tratos advier lesão corporal leve, grave ou gravíssima, haverá concurso material entre esse delito e o crime de sequestro ou cárcere privado, na sua forma simples, pois na forma qualificada haveria *bis in idem*, ou seja, o mesmo fato seria apenado duplamente. Dessa forma, a qualificadora somente incidirá nas hipóteses em que dos maus-tratos não advier lesão corporal. O mesmo sucederá se dos maus-tratos advier a morte do ofendido (sequestro ou cárcere privado em concurso com homicídio).

- Natureza da detenção: nessa hipótese o grave sofrimento físico ou moral deve advir do modo e condições objetivas da detenção em si mesma (nesse sentido: HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 198). Por exemplo: manter a vítima em local insalubre, infestado de ratos, mantê-la algemada ao pé da cama, deixá-la amarrada a uma árvore.

6.3. Forma culposa

Não há previsão da modalidade culposa.

7. CONCURSO DE CRIMES

7.1. Sequestro e roubo

Conforme alteração promovida pela Lei n. 9.426/96, que introduziu o inciso V no art. 157, § 2º, do CP. Veja comentários ao crime de roubo na forma qualificada.

7.2. Sequestro e a Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97)

Reza o art. 1º, § 4º, III, da Lei n. 9.455/97 que a pena será aumentada de um sexto até um terço se o crime (relacionado na Lei de Tortura) for cometido mediante sequestro. O crime de sequestro na Lei de Tortura funciona como causa de aumento de pena, não se podendo falar em concurso de crimes. Note-se que a privação temporária da liberdade é decorrência quase rotineira do emprego da tortura. Essa causa de aumento somente será aplicável, assim, quando houver privação de liberdade por tempo prolongado, absolutamente desnecessário, ou com deslocamento da vítima para local distante etc.

8. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, independentemente de representação do ofendido ou de seu representante legal.

Art. 149 – Redução a condição análoga à de escravo

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a liberdade individual, em especial o *status libertatis* do homem, que é o de ser livre de servidão ou do poder de fato de outra pessoa.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

Contempla o Código Penal no artigo em estudo o fato criminoso denominado "plágio", que significa a sujeição de uma pessoa ao domínio de outra. Não se trata de escravidão. O texto legal refere-se a "condição análoga à de escravo" por não mais existir a situação jurídica de escravo no País. O tipo não visa a situação jurídica, mas sim a estado de fato. Diz o texto legal: "reduzir alguém a condição análoga à de escravo". A redução consiste na submissão total do sujeito passivo ao poder do agente, mediante o emprego de fraude, ameaça, violência ou redução do salário (trata-se de crime de ação livre). A Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003, modificou a redação do *caput* do art. 149 do CP, ampliando sua descrição típica, de maneira que passou a ter a seguinte rubrica:

> Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (...)

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticar o crime em tela.

2.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, independente de raça, sexo ou idade. O consentimento do ofendido é irrelevante, pois o *status libertatis* constitui bem jurídico indisponível.

3. FIGURAS EQUIPARADAS

A Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003, incluiu figuras equiparadas, acrescentando um § 1º ao art. 149 do CP. Nas mesmas penas da figura constante do tipo básico incorre, assim, quem: a) cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; b) 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.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade de submeter outrem ao seu poder, de maneira a suprimir-lhe a liberdade de fato. Nas figuras equiparadas, constantes dos incs. I e II do § 1º do art. 149 do CP, é necessário o fim especial (elemento subjetivo do

tipo, ou seja, o antigo dolo específico) de reter a vítima no local de trabalho. Necessária, assim, a vontade de cercear a locomoção, de se apoderar de documentos ou objetos pessoais do empregado ou de manter vigilância ostensiva com a finalidade específica de impedir que ele deixe o local. Note-se que, nessas hipóteses, não é necessário que o agente se oponha frontalmente à saída do empregado, bastando que imponha obstáculos ou dificuldades, com o fim de mantê-lo sob seu domínio.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime material. Consuma-se quando o sujeito logra reduzir a vítima à condição análoga de escravo. Trata-se, também, de crime permanente, sendo possível o flagrante enquanto perdurar a submissão. As figuras equiparadas também constituem condutas permanentes, as quais se aperfeiçoam no momento em que se verifica o cerceamento ou o apoderamento dos documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com a finalidade especial de mantê-lo no local de trabalho. No caso da vigilância ostensiva, o aperfeiçoamento do crime ocorrerá no exato instante em que, instalado o esquema, o agente conseguir lhe dar um caráter de estabilidade, de duração, de permanência, não podendo se confundir com supervisão ou fiscalização eventual e efêmera. Em todos os casos, o momento consumativo perdurará enquanto durar a situação.

6. TENTATIVA

É admissível, quando o agente não consegue o resultado de submissão à sua vontade, apesar da prática de atos de execução (violência, ameaça etc.). Na hipótese das figuras equiparadas, a tentativa será possível quando o agente tentar, mas não conseguir, cercear a locomoção ou se apoderar de documentos ou objetos capazes de impedir a saída, ou quando não conseguir manter a vigilância no local.

7. FORMAS

7.1. Simples

É a forma dolosa prevista no *caput* e nas formas equiparadas dos incisos I e II do § 1º do artigo em comento:

> Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

7.2. Culposa

Não há previsão da forma culposa do delito em estudo.

7.3. Causa de aumento (impropriamente chamada de forma qualificada)

A Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003, mediante a inclusão de um § 2º no art. 149 do CP, estabeleceu causas de aumento de pena. A pena será, assim, aumentada de metade, se o crime for cometido: a) contra criança ou adolescente; b) por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

8. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, independen-temente de representação do ofendido ou de seu representante legal.

Seção II

Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio

Art. 150 – Violação de domicílio

1. OBJETO JURÍDICO

Sob a epígrafe "violação de domicílio", contempla o Código Penal mais uma espécie do gênero "crimes contra a liberdade individual". Tutela agora a lei penal a inviolabilidade da casa do indivíduo. Segundo preceito constitucional:

> A casa é asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI, da CF).

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

Trata-se de crime de ação múltipla. A ação nuclear do tipo consubstancia-se nos verbos "entrar" ou "permanecer" em casa alheia ou em suas dependências. *Entrar* é ingressar efetivamente no domicílio (agente que logra pular a janela e é surpreendido no interior da habitação). *Permanecer* pressupõe que o agente já esteja no interior do domicílio. Aqui há dois momentos distintos: em primeiro lugar, uma permissão legal ou do dono da habitação para que o agente entre nela; em momento posterior, a sua permanência não é mais aceita, mas ele se recusa a retirar-se de lá. Por se tratar de crime de ação múltipla, se o agente entrar clandestinamente e, ao ser descoberto, insistir em permanecer na habitação, haverá crime único.

O crime pode ser cometido mediante o emprego de diversos meios executórios: utilização de chave falsa, fraude etc. Se o crime é praticado com o emprego de violência ou de arma, incidirá a qualificadora prevista no § 1º.

2.2. Elementos normativos do tipo

A entrada ou permanência, segundo o dispositivo legal, pode ser:

- Clandestina: quando realizada às ocultas, às escondidas, sem que o morador tome conhecimento.
- Astuciosa: quando o agente emprega algum artifício, fraude ou ardil para induzir o morador em erro, obtendo, com isso, o seu consentimento para adentrar a habitação ou nela permanecer, por exemplo, o indivíduo se traveste de operário de uma empresa telefônica.
- Ostensiva: quando a entrada ou permanência é realizada contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito. O agente, nessa hipótese, pode utilizar-se de violência contra o morador.

A entrada ou permanência deve ser realizada contra a vontade expressa ou tácita *de quem de direito*. Via de regra, em casa habitada por família, cabe aos cônjuges em igualdade de condições exercer o direito de admissão ou exclusão. Na falta desses, cabe aos seus ascendentes, descendentes, primos, tios, sobrinhos, empregados, ou seja, a qualquer um que os represente, exercer esse direito.

2.3. Objeto material

A entrada ou permanência, segundo o dispositivo legal, deve dar-se *em casa alheia ou em suas dependências*. O § 4º esclarece o que se entende por "casa":

a) Qualquer compartimento habitado (inc. I): cuida-se aqui do apartamento, casa etc.

b) Aposento ocupado de habitação coletiva (inc. II): cortiços, hotéis, pensionatos, com exceção dos lugares de uso comum dos moradores, como sala de espera.

c) Compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (inc. III): cuida-se aqui dos consultórios médicos, escritórios de advocacia, contabilidade etc. Ressalve-se, contudo, que a parte desses locais aberta ao público não é objeto da proteção legal.

d) Dependências da casa: quintal, jardim, garagem etc.

Segundo o § 5º, não se enquadram na expressão "casa":

a) Hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do inciso II do parágrafo anterior (inc. I): local cujo acesso não esteja vedado ao público, por exemplo, sala de espera de uma hospedaria, onde qualquer um pode entrar.

b) Taverna, casa de jogo e outros do mesmo gênero (inc. II): também estão excluídos da proteção legal os bares, restaurantes, lanchonetes, lojas, bingos,

casas lotéricas, cujo acesso é liberado ao público.

2.4. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticar o crime em tela, inclusive o proprietário do imóvel, quando a posse estiver legitimamente com terceiro (locação, comodato ou arrendamento).

2.5. Sujeito passivo

Já estudamos no tópico relativo ao elemento normativo do tipo que a entrada ou permanência do agente deve ser realizada contra a vontade expressa ou tácita *de quem de direito*. Cabe ao morador ou quem o represente a faculdade de admitir ou não alguém em seu espaço privado. O sujeito passivo do crime, dessa forma, será aquele a quem couber tal faculdade legal.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de entrar ou permanecer em casa alheia ou em suas dependências, sem o consentimento de quem de direito. O agente deve saber que age "contra vontade expressa ou tácita de quem de direito" e que se trata de casa alheia. Haverá erro de tipo se o agente ingressar em casa alheia supondo ser sua.

4. CONSUMAÇÃO

Trata-se de crime de mera conduta. O resultado naturalístico não é apenas prescindível, mas impossível. Não há nenhum resultado que provoque modificação no mundo exterior.

Na conduta de "entrar", o crime é instantâneo, pois se consuma em um dado momento, sem continuidade no tempo (a entrada integral do agente na casa alheia). Basta essa conduta para que o crime se repute consumado; não se exige que o momento consumativo se protraia no tempo. Na conduta de "permanecer", como o próprio verbo diz, o crime é permanente, pois o momento consumativo se protrai no tempo e o bem jurídico é continuamente agredido.

5. TENTATIVA

Em tese, é admissível, embora seja de difícil configuração, por se tratar de crime de mera conduta.

6. FORMAS

6.1. Simples

É a forma dolosa prevista no *caput* do art. 150 do CP. A pena prevista é de detenção, de um a três meses, ou multa.

6.2. Qualificada

Está prevista no § 1º. A pena é de detenção de seis meses a dois anos, além de pena correspondente à violência, se o crime é cometido:

a) durante a noite: ao contrário do crime de furto qualificado pelo repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP – veja comentários ao crime de furto), a lei fala na prática do crime durante a noite, conceito esse mais amplo. Noite é o período de obscuridade, caracterizado pela ausência de luz solar;

b) em lugar ermo: é o habitualmente despovoado, deserto;

c) com o emprego de violência: trata-se do emprego de violência contra a pessoa ou contra a coisa, pois a lei não faz qualquer distinção. Se for empregada violência contra a pessoa e advierem lesões corporais (leves, graves ou gravíssimas) ou morte, haverá concurso entre os respectivos crimes e violação de domicílio. A lei é omissa quanto à grave ameaça, logo esta não autoriza o aumento de pena;

d) com o emprego de arma: trata-se do emprego de arma própria (arma de fogo, punhal) ou imprópria (faca, machado, navalha);

e) por duas ou mais pessoas: diz a lei: “Se o crime é cometido (...) por duas ou mais pessoas”. De acordo com a redação do dispositivo legal, duas ou mais pessoas devem praticar a ação de *entrar* ou *permanecer* em casa alheia ou em suas dependências, portanto somente se admite a coautoria, e não a participação (nesse sentido: GONÇALVES, 1999a, p. 117; em sentido contrário: BITENCOURT, 2001, v. 2, p. 474).

7. CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Está prevista no § 2º do art. 150:

> 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.

Sucede que a Lei n. 4.898/65, no art. 3º, *b*, considera abuso de autoridade qualquer atentado à inviolabilidade domiciliar e, no art. 5º,

> considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Por exemplo, Juiz, Policial Militar ou Civil, Oficial de Justiça, Fiscal da Prefeitura, Perito ou Avaliador Judicial. Responderá ele, assim, nos termos da respectiva lei e não nos termos do art. 150, § 2º, do CP, em face do princípio da especialidade.

8. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Estão previstas no § 3º. O fato é típico, mas não é ilícito, em face da presença de causas excludentes da ilicitude. Não há, portanto, o crime de violação de domicílio. Prevê o mencionado parágrafo que "não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências":

a) Durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência (inc. I): a prisão e as diligências somente podem ser efetuadas durante o dia e mediante ordem escrita do Juiz competente, consoante determinação expressa do art. 5º, XI, da CF.

b) A qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser (inc. II): a CF, em seu art. 5º, XI, autoriza, em outros termos, a violação de domicílio no caso de flagrante delito, à noite ou durante o dia, independentemente de ordem judicial escrita.

A CF dispõe ainda, em seu art. 5º, XI, outras causas excludentes não previstas no parágrafo em estudo: *em caso de desastre* e *para prestar socorro*. Trata-se também de hipótese de estado de necessidade.

9. CONCURSO DE CRIMES

A violação de domicílio é um crime eminentemente subsidiário. Sempre que a violação for meio para executar crime mais grave, o crime-meio deverá ser absorvido pelo crime-fim. Assim ocorre no ingresso em residência alheia para o cometimento de crimes de roubo, furto, estupro, lesões corporais, homicídio, constrangimento ilegal. O mesmo não ocorre se o ingresso em residência alheia for realizado com a finalidade de praticar crime menos grave, como a contravenção penal de vias de fato.

10. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, independentemente de representação do ofendido ou de seu representante legal.

Seção III

Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência

Art. 151 – Violação de correspondência

1. CONCEITO

O art. 151, *caput*, do CP contempla o crime de violação de correspondência. Esse artigo foi revogado pelo art. 40 da Lei n. 6.538/78 (que dispõe sobre os crimes contra o serviço postal e o serviço de telegrama), o qual contém a mesma redação do artigo revogado, tendo sido apenas modificada a sanção penal:

“Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem” (pena: detenção, até seis meses, ou pagamento não excedente a 20 dias-multa).

2. OBJETO JURÍDICO

Protege-se o sigilo da correspondência.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear – objeto material – elemento normativo do tipo

A *ação nuclear do tipo* consubstancia-se no verbo “devassar”, que significa invadir, olhar, tomar conhecimento do conteúdo da correspondência. O *objeto material* do crime é a correspondência fechada. Correspondência, nos termos do art. 47 da Lei n. 6.538/78, é “toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama”. Exige-se que a correspondência esteja fechada, pois, se estiver aberta, tal fato demonstra que não há interesse em que seu conteúdo fique resguardado do conhecimento de terceiros. A correspondência deve conter o nome do destinatário e o endereço onde ele possa ser encontrado; do contrário, não há falar em crime de violação de correspondência.

Quanto ao *elemento normativo*, o tipo penal exige que a devassa da correspondência alheia seja *indevida*, ou seja, que o agente não tenha autorização para tanto. Se houver consentimento do remetente ou do destinatário para que terceiro abra a correspondência, não há o crime em tela. Da mesma forma, não se poderá falar que a violação foi indevida nas seguintes hipóteses em que se autoriza a devassa da correspondência. São elas:

a) O art. 22, III, *d*, da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, tendo revogado, portanto, a Lei de Falências – prevê a possibilidade de o administrador judicial, sob a fiscalização do Juiz e do Comitê, na falência, receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa.

b) Art. 240, § 1º, *f*, do CPP.

c) Art. 243, § 2º, do CPP: o aludido dispositivo preceitua: “Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”. No tocante à busca realizada em escritório de advocacia, de acordo com a nova redação do inciso II do art. 7º do Estatuto da OAB, “São direitos do advogado: a inviolabilidade de seu escritório

ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia" (redação dada pela Lei n. 11.767/2008). E, segundo o art. 7º, § 6º: "Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do *caput* deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes" (incluído pela Lei n. 11.767/2008). Finalmente, consoante o art. 7º, § 7º: "A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade" (incluído pela Lei n. 11.767, de 2008).

d) Conforme interpretação doutrinária, permite-se a violação da correspondência do menor de idade pelo seu responsável.

e) Conforme interpretação do disposto no art. 41, parágrafo único, da LEP, admite-se a interceptação de correspondência pelo diretor do estabelecimento penitenciário.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode cometer o delito em tela, com exclusão do remetente e do destinatário. Remetente é o indivíduo que manifesta o seu pensamento. Destinatário é aquele que recebe a manifestação, ou seja, é aquele a quem se destina a correspondência.

3.3. Sujeito passivo

Trata-se de crime de dupla subjetividade passiva. Os sujeitos passivos são o remetente e o destinatário. Segundo o art. 11 da Lei n. 6.538/78:

> Os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito.
>
> § 1º Quando a entrega não tenha sido possível em virtude de erro ou insuficiência de endereço, o objeto permanecerá à disposição do destinatário, na forma definida em regulamento.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É punível somente a título de dolo consubstanciado na vontade de devassar indevidamente a correspondência alheia. O erro de tipo afasta o dolo, assim não

há crime se o agente abre a correspondência supondo ser ele o destinatário.

Não há previsão de modalidade culposa.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Consuma-se o delito no momento em que o agente toma conhecimento, ainda que parcialmente, do conteúdo da correspondência. Não basta, assim, a abertura da correspondência para que o crime se repute consumado; exige-se o conhecimento do seu conteúdo.

6. TENTATIVA

É admissível. Ocorre nas hipóteses em que o agente logra abrir a correspondência, mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, é impedido de tomar conhecimento de seu conteúdo.

7. AÇÃO PENAL

Trata-se de ação penal pública condicionada à representação do ofendido[1].

1 Nas hipóteses do § 1º, IV (instalação ou utilização de estação ou aparelho radioelétrico), e do § 3º (se o agente comete o crime com abuso de função), a ação será pública incondicionada.

TÍTULO II – DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

CAPÍTULO I – DO FURTO

Art. 155 – Furto

1. CONCEITO

Furto é a subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel.

2. OBJETO JURÍDICO

Visa a lei a tutela do patrimônio no delito de furto. Não é, contudo, apenas a propriedade do bem que a tutela penal abrange, mas também a sua posse. Em regra, a posse e a propriedade se confundem em um mesmo titular, entretanto nada obsta que estejam dissociadas. É o que ocorre na locação, usufruto, penhor. Não importa a origem da posse para que se opere a proteção legal.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear consubstancia-se no verbo "subtrair", que significa tirar, retirar de outrem bem móvel, sem a sua permissão, com o fim de assenhoreamento definitivo. A subtração implica sempre a retirada do bem sem o consentimento do possuidor ou proprietário. Ela pode acontecer até mesmo à vista deles, por exemplo, o sujeito que entre em uma loja e sob a vigilância do comerciante se apodere da mercadoria, saindo em fuga posteriormente. Trata-se de *crime de ação livre*.

3.2. Objeto material

A tutela penal no delito de furto tem por objeto material a coisa móvel. Vejamos cada elemento:

a) Coisa: segundo o art. 155, conceitua-se coisa como toda substância material, corpórea, suscetível de apropriação. Observe-se que, de acordo com essa definição, não podem constituir objeto de furto os direitos, pois não são considerados coisas corpóreas, a não ser que sejam materialmente documentados. No tocante ao homem, o Direito não o concebe como coisa na acepção jurídica, portanto jamais será objeto material do crime de furto, mas a sua subtração poderá constituir crime de sequestro, extorsão mediante sequestro ou subtração de incapaz.

b) Móvel: o tipo penal exige que a coisa alheia seja móvel. *Móvel* é tudo aquilo que pode ser transportado de um local para o outro. Os animais e os

semoventes estão sujeitos à apropriação por terceiros, por exemplo, o furto de gado (denominado abigeato). Os bens imóveis, por sua vez, não podem ser objeto do delito de furto.

3.3. Elemento normativo

Coisa alheia: é o patrimônio que está na posse de outrem, que pode ser o proprietário ou terceiro possuidor. Segue-se a isso que não podem ser objeto de furto, por não constituírem propriedade nem posse de alguém:

a) *res nullius*: a coisa sem dono;

b) *res derelicta*: a coisa abandonada;

c) *res deperdita*: a coisa perdida. Ressalve-se que aqui a propriedade da coisa não é renunciada espontaneamente pelo dono, ao contrário da coisa abandonada, e o seu apoderamento por terceiro poderá constituir o crime de apropriação de coisa achada (art. 169, parágrafo único, II, do CP).

3.4. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticar o crime em tela, pois não exige a lei nenhuma condição especial do sujeito ativo, ao contrário do crime de peculato impróprio ou peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP), em que se exige a qualidade de funcionário público do sujeito ativo.

3.5. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, física ou jurídica, que tem a posse ou a propriedade do bem.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade consciente de efetuar a subtração. Não basta, contudo, o dolo para que o tipo penal se configure, pois exige a lei que a subtração se efetue com a finalidade especial de assenhoreamento definitivo, consubstanciado na expressão “para si ou para outrem”. É o denominado *animus furandi* ou *animus rem sibi habendi*. Dessa forma, a simples subtração de coisa móvel não é o bastante para a configuração do furto. É indispensável que o agente tenha a intenção de possuí-la, submetendo-a ao seu poder, de modo que, se ele o subtrai apenas para o seu uso transitório e depois o devolve no mesmo estado, não haverá a configuração do tipo penal. Trata-se, na hipótese de mero furto de uso, que não constitui crime, pela ausência do ânimo de assenhoreamento definitivo do bem.

Não importa para a configuração do furto o fim do agente (lucro, vingança etc.). Se ele subtrai a *res* para satisfazer pretensão jurídica, comete o crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Somente há falar em furto no caso da subtração *invito domino*, isto é, contra a vontade expressa ou tácita da vítima. O consentimento dela exclui o crime. Subtrair significa retirar contra a vontade do possuidor, assim quem pega um bem com o consentimento do ofendido não subtrai, e quem não subtrai não comete furto.

Erro de tipo: se o agente, por erro, se apodera de objeto alheio supondo lhe pertencer, há erro de tipo, que exclui o dolo e, portanto, o crime de furto.

5. CONSUMAÇÃO

Vejamos a jurisprudência sobre o tema:

> 2. Considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível que objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do STJ e STF. 3. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 5ª T., REsp 792.131/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 4-4-2006, *DJU* de 15-5-2006, p. 284).
>
> ---
>
> 1. O crime de furto se consuma com a mera posse do bem subtraído, ainda que por um breve período, não se exigindo para a consumação do delito a posse tranquila da *res*. Aplicação do verbete sumular n. 83 desta Corte. 2. Recurso especial não conhecido (STJ, 5ª T., REsp 765.695/RO, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 7-3-2006, *DJU* de 3-4-2006, p. 404).
>
> ---
>
> I. O delito de furto – assim como o de roubo – consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima (STJ, 5ª T., REsp 798.760/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 14-3-2006, *DJU* de 3-4-2006, p. 410).
>
> ---
>
> 2. A jurisprudência desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, firmou a orientação no sentido de que se considera consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que, cessada a clandestinidade ou violência, o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que por curto espaço de tempo, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima, incluindo-se, portanto, as hipóteses em que é possível a retomada do bem por meio de perseguição imediata (STJ, 5ª T., REsp 767.584/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 14-3-2006, *DJU* de 24-4-2006, p. 453).

No sentido de que é desnecessária a posse tranquila da *res*: veja também Damásio de Jesus (2000a, p. 533).

6. TENTATIVA

Trata-se de crime material, portanto a tentativa é perfeitamente possível.

7. FURTO DE USO

Para a configuração do crime de furto, é indispensável que o agente tenha a intenção de possuir a *res*, submetendo-a ao seu poder. Deve haver a finalidade de não devolver o bem, assim, na hipótese em que o agente retira o bem da esfera

de disponibilidade da vítima apenas para o seu uso transitório, passageiro, e depois o devolve no mesmo estado e local de origem, não há, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial (STF, *RT* 395/416), a configuração do tipo penal. Trata-se de mero *furto de uso*, que não constitui crime, pela ausência do ânimo de assenhoreamento definitivo do bem.

8. FURTO FAMÉLICO OU NECESSITADO

Furto famélico é aquele cometido por quem está em situação de extrema miserabilidade, penúria e, necessitando de alimento para saciar a sua fome e de sua família, apropria-se do patrimônio alheio. Não se configura, na hipótese, o crime de furto, pois, em tese, estariam presentes os requisitos do estado de necessidade, que exclui a ilicitude do crime.

9. FORMAS

9.1. Furto noturno

O CP contempla em seu art. 155, § 1º, uma causa especial de aumento de pena (um terço) para o furto simples praticado "durante o repouso noturno". Repouso noturno é o período, que se modifica conforme os costumes locais, durante o qual as pessoas dormem (critério psicossociológico). *A agravante configura-se na hipótese em que a casa está desabitada ou os moradores, em estado de vigília?* A jurisprudência dos Tribunais Estaduais é majoritária no sentido de que se exige que o furto seja praticado em casa habitada, estando os moradores em repouso. Em sentido contrário, o STJ já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que

> para o reconhecimento da agravante do repouso noturno, não tem qualquer importância o fato de a casa, onde ocorreu o furto, estar habitada e seu morador dormindo.

O STF também se pronunciou no sentido de que não é necessário que o furto seja praticado em casa habitada, basta que a subtração ocorra durante o período de repouso noturno para que se configure a qualificadora (respectivamente: STJ, 6ª T., REsp 75.011/SP, rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* de 3-11-1997, p. 56379; STF, *RT* 600/459, 637/366).

Prevalece o entendimento no sentido de que a agravante do repouso noturno não incide sobre a forma qualificada do crime de furto (nesse sentido: DELMANTO et al., 2000, p. 313; JESUS, 2000a, p. 535).

9.2. Furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP)

Cuida-se aqui do chamado furto de pequeno valor ou furto mínimo. Vejamos os requisitos para que se configure o furto privilegiado:

a) Primariedade.

b) Pequeno valor da coisa subtraída. Não se deve confundir o pequeno valor da coisa com o pequeno prejuízo sofrido pela vítima. Importa ressalvar que o pequeno prejuízo somente constitui causa de diminuição de pena no crime de estelionato (art. 171, § 1º, do CP).

c) Presentes os dois requisitos já citados, o Juiz está obrigado a conceder o privilégio legal (nesse sentido: DELMANTO et al., 2000, p. 314; JESUS, 2000a, p. 536; GONÇALVES, 1999b, p. 10; STJ, 6ª T., REsp 64.374/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 6-5-1996, p. 14479; em sentido contrário: MIRABETE, 1999, p. 227; *JTACrimSP* 65/389; *RT* 537/336). É majoritário o entendimento de que se trata de um direito subjetivo do réu, uma vez presentes os requisitos constantes das alíneas *a* e *b*, não podendo o Juiz, ao aplicar a pena, escusar-se de optar por uma das alternativas legais, quais sejam: 1ª) substituir a pena de reclusão por detenção; 2ª) diminuir a pena privativa de liberdade de um a dois terços; 3ª) aplicar somente a pena de multa. Nada impede que o Juiz lance mão das alternativas 1ª e 2ª cumulativamente, por serem compatíveis.

9.2.1. *Furto qualificado-privilegiado*

Discute-se na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade da incidência do privilégio ao furto qualificado. É majoritário o entendimento no sentido de que não se aplica o privilégio à figura qualificada (nesse sentido: STF, *RT* 627/375-376, 608/446; STJ, 5ª T., REsp 76.881/SP, rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 14-4-1997; STJ, 5ª T., REsp 77.219/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *DJU* de 29-9-1997, p. 48245). Há, por outro lado, uma corrente expressiva no sentido da possibilidade da incidência do privilégio ao furto qualificado, cujas sementes vêm sendo lançadas pelo STJ (nesse sentido: STJ, 6ª T., REsp 25.980/SP, rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 5-8-1996, p. 2437; STJ, 6ª T., REsp 84.671/SP) e pelos Tribunais Estaduais.

9.2.2. *Furto noturno privilegiado*

Prevalece o entendimento no sentido de que o privilégio se aplica ao furto simples e ao praticado durante o repouso noturno, tendo em vista o modo como está disposta a matéria na lei (MIRABETE, 1999, p. 227). Na hipótese de furto noturno privilegiado, incide a regra do parágrafo único do art. 68 do CP (JESUS, 2000a, p. 535).

9.3. Furto de energia

O legislador equiparou a coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. Configura o furto de energia elétrica, por exemplo, a captação de energia antes da passagem desta pelo aparelho medidor (aplicação abusiva de fios derivativos sobre o fio condutor instalado pela empresa de eletricidade).

9.4. Furto qualificado

Basta a presença de uma das circunstâncias para que o crime se repute qualificado. Se for reconhecida mais de uma qualificadora, a primeira servirá para qualificar o crime e, quanto às demais, há duas correntes: a) assumem a função de circunstâncias judiciais (art. 59), sendo consideradas pelo Juiz, na fixação da pena-base, circunstâncias desfavoráveis; b) as demais qualificadoras funcionam como agravantes, na segunda fase de fixação da pena.

Vejamos as qualificações:

a) Com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (inc. I):

Trata-se de violência empregada contra obstáculo que dificulte a subtração da coisa. Destruir significa desfazer. Romper significa abrir. O emprego de violência contra a pessoa configura crime de roubo.

- Momento do emprego da violência: o emprego de violência pode se dar em qualquer momento durante a fase executória do crime. Se, no entanto, após a consumação do crime o agente quebrar a vidraça da loja, sem que isso constitua meio necessário à subtração da *res furtiva*, haverá concurso material entre os crimes de furto simples e dano.
- Conceito de obstáculo: o obstáculo a que se refere a lei é aquele destinado a proteger, exclusivamente ou não, a propriedade, por exemplo, janelas, portas, fechaduras ou dispositivos automáticos de segurança como os alarmes (obstáculos ativos). É importante notar que a qualificadora não se configura quando há a destruição da própria *res furtiva*. Dessa feita, a jurisprudência majoritária dos Tribunais Estaduais não reconhece o crime de furto qualificado na hipótese em que o agente, para subtrair um veículo, força o quebra-
  -vento ou rompe fios elétricos do sistema de ignição, pois esses constituem obstáculos inerentes à *res*. O mesmo não ocorre se o agente, para subtrair objetos que estejam no interior do veículo, quebra o vidro deste, pois constitui obstáculo exterior à *res furtiva* (*RSTJ* 21/252).
- Exame pericial: o exame de corpo de delito é imprescindível para a comprovação da destruição ou rompimento do obstáculo. Na ausência deste,

deve ser reconhecido o crime de furto na sua forma simples. Há posicionamento na jurisprudência admitindo a prova testemunhal na ausência da prova pericial.

b) Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza (inc. II):

- Abuso de confiança: é a confiança que decorre de certas relações (que podem ser empregatícias ou decorrentes de amizade ou parentesco) estabelecidas entre o agente e o proprietário do objeto. O agente, dessa forma, aproveita-se da confiança nele depositada para praticar o furto, pois há menor vigilância do proprietário sobre os seus bens. É óbvio que, se o agente não se valer das facilidades proporcionadas por esse vínculo de confiança para praticar o furto, não se configurará a qualificadora. Importa notar que, no tocante às relações de emprego, não basta a simples relação empregatícia. É necessário comprovar, no caso concreto, que o proprietário do bem depositava especial confiança no agente, ou seja, que havia vínculo especial de lealdade, que o levava a exercer menor vigilância sobre os seus bens. Ausente esse requisito, resta apenas a incidência da agravante prevista no art. 61, II, *f*, do CP. O *furto qualificado pelo abuso de confiança* difere do crime de *apropriação indébita*, pois no primeiro o agente, valendo-se da confiança nele depositada, aproveita para retirar o objeto da posse do proprietário, sem o conhecimento deste. Há aqui efetivamente uma subtração. No segundo, o proprietário, por confiar no agente, transfere a posse do objeto a este, que passa a agir como se fosse dono.
- Fraude: é o ardil, artifício, meio enganoso empregado pelo agente para diminuir ou iludir a vigilância da vítima e realizar a subtração. São exemplos de fraude: agente que se disfarça de empregado de empresa telefônica e logra entrar em residência alheia para furtar ou agente que, a pretexto de realizar compras em uma loja, distrai a vendedora, de modo a lograr apoderar-se dos objetos. Não há confundir o *furto mediante fraude* com a figura do *estelionato*. A confusão reside no fato de que em ambas as figuras o agente se utiliza de ardil, engodo, para se apropriar do bem. No estelionato, é o próprio dono da coisa que, enganado pelo agente, lhe entrega voluntariamente o bem (vítima que entrega o computador a agente que se passa por técnico em Informática). No furto mediante fraude, o agente, por meio de engodo, burla a vigilância do proprietário e se apodera da coisa, sem o conhecimento dele (agente que, a pretexto de consertar o computador, se passa por técnico em Informática para lograr subtrair as joias da dona da

casa).

- Escalada: é o acesso a um lugar, residência ou outro local, por via anormal. Há aqui o uso de instrumento para adentrar o local, como escada ou corda, ou então o agente é obrigado a empregar um esforço incomum, como saltar um muro de dois metros de altura.
- Exame pericial: é prescindível o exame pericial, pois nem sempre a escalada deixa vestígios. A escalada é geralmente reconhecida pela própria descrição do fato criminoso. A própria narrativa do réu no sentido de que removeu telhas para adentrar a residência, pulou um muro muito alto ou passou por uma galeria subterrânea configura, assim, a qualificadora em tela. A prova pericial somente será necessária se a escalada deixar vestígios.
- Destreza: consiste na habilidade física ou manual do agente que lhe permite o apoderamento do bem sem que a vítima perceba. É a chamada "punga". Isso ocorre com a subtração de objetos que estejam com a vítima (carteira, dinheiro no bolso ou na bolsa, colar etc.) e que são retirados sem que ela perceba. Importa dizer que, se a vítima perceber a subtração no momento em que ela se realiza, considera-se o furto tentado na forma simples. Se terceiros notarem a subtração, haverá ainda tentativa de furto qualificado, pois está presente a habilidade do agente, uma vez que a própria vítima não se deu conta da retirada do bem. Não se pode falar em destreza na subtração de objetos de sujeito passivo que esteja dormindo, embriagado ou em qualquer outro estado de inconsciência.

c) Com emprego de chave falsa (inc. III):

Segundo Nélson Hungria (1958b, v. 7, p. 46), compreende-se no conceito de chave falsa

> a) a chave imitada da verdadeira; b) a chave diversa da verdadeira, mas alterada de modo a poder abrir a fechadura; c) a *gazua*, isto é, qualquer dispositivo (gancho, grampo, chave de feitio especial) usualmente empregado pelos gatunos, para abertura de tal ou qual espécie de fechadura ou de fechaduras em geral.

No caso de chave verdadeira obtida mediante fraude, embora haja divergência, o furto deve ser simples, pois se o instrumento é verdadeiro, não pode ser falso. A 1ª Turma do STF já esposou entendimento no sentido de que o furto praticado mediante o emprego de "mixa" é qualificado (HC 106.095/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 3-5-2011 – Informativo do STF n. 625, Brasília, 2 a 6 de maio de 2011).

d) Mediante concurso de duas ou mais pessoas (inc. IV):

A doutrina e a jurisprudência divergem sobre a necessidade ou não de todos

os agentes realizarem os atos executórios do crime para que a qualificadora se configure. Há duas orientações: 1ª) Nélson Hungria (1958b) afirma ser "necessária a presença *in loco* dos concorrentes, ou seja, a cooperação deles na fase *executiva* do crime". Desse entendimento compartilha Celso Delmanto (2000, p. 318). Nesse sentido: STJ, 6ª T., REsp 90.451/MG, rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* de 30-6-1997, p. 31090; 2ª) a segunda corrente sustenta haver a qualificadora ainda que os agentes não realizem os atos executórios e não estejam no local do crime (mandante) (nesse sentido: JESUS, 2000a, p. 546; MIRABETE, 2001a, v. 2, p. 231).

Pouco importa que os coagentes sejam inimputáveis (menor de idade, louco), tampouco que não possam ser identificados.

Finalmente, de acordo com a Súmula 442 do STJ (*DJe* de 13-5-2010): "É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo".

9.4.1. *Quadrilha e furto qualificado pelo concurso de pessoas*

- Concurso material – ocorrência ou não de *bis in idem*: há duas orientações: 1ª) segundo um posicionamento do STF, não se configura o *bis in idem* (nesse sentido: STF, 2ª T., HC 77.485-9, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 7-5-1999, p. 2); 2ª) configura *bis in idem*, pois o concurso de pessoas já foi devidamente sancionado no crime de quadrilha. Desse modo, deverá o agente responder por furto simples em concurso com o crime de quadrilha (GONÇALVES, 1999b, p. 17; JESUS, 2000a, p. 546, inclusive citando um julgado do STF [*RT* 553/488]).
- Absolvição do coautor: importante mencionar que a absolvição do coagente acarreta a desclassificação do furto do outro agente para a forma simples. Isso não ocorrerá se restar incontroverso nos autos que houve a presença de um segundo participante, o qual não se conseguiu identificar.

9.4.2. *Furto qualificado – furto de veículo automotor*

a) Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, o furto também será qualificado, passando sua pena para três a oito anos de reclusão, nos termos do § 5º, acrescentado ao art. 155 por força da Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996. Essa qualificadora diz respeito especificamente à subtração de veículo automotor. Consideram-se como tal os automóveis, ônibus, caminhões, motocicletas, aeronaves, lanchas, *jet skis* etc., porém o transporte de partes do veículo não é abrangido por essa figura

típica (nesse sentido: JESUS, 2000a, p. 546-547). Sanciona-se mais gravemente a conduta daquele que, após furtar o veículo automotor, transporta-o para outro Estado ou para o exterior. Há aqui maior desvalor da conduta em razão do resultado criminoso. Tanto o próprio agente poderá realizar o transporte quanto poderá, antes da prática criminosa, contratar terceiro para que o faça. Nessa hipótese, o terceiro é considerado partícipe do crime de furto qualificado e não mero receptador do veículo, uma vez que previamente aderiu com a sua vontade à ação criminosa. Se, pelo contrário, não houve qualquer prévio acordo, tendo sido o terceiro contratado posteriormente à ação criminosa, este responderá pelo crime de receptação dolosa.

b) Configuração da qualificadora: configura-se a qualificadora quando houver o efetivo transporte de veículo automotor para outro Estado ou para o exterior, ou seja, quando houver a transposição dos limites territoriais. A existência da qualificadora nada tem a ver com o momento consumativo do furto (nesse sentido: JESUS, 2000a, p. 547). Vejamos algumas hipóteses:

- Se há consumação do delito de furto e o efetivo transporte do veículo para outro Estado ou para o exterior: configura-se o crime de furto qualificado em tela.
- Se há consumação do delito de furto, mas o agente é surpreendido antes de transpor a divisa do Estado: configura-se o crime de furto simples e jamais a tentativa de furto qualificado, pois o furto está plenamente consumado, apenas não se tendo configurado a qualificadora.
- Se o veículo subtraído estava próximo da divisa do Estado e o agente, ao ser perseguido, transpuser essa divisa, não tendo sequer a posse tranquila da *res*: há tentativa de furto qualificado, pois o furto não se consumou, mas houve a configuração da qualificadora.

c) Concurso de qualificadoras: a incidência dessa qualificadora impede a incidência das demais, contudo, pelo fato de as demais tratarem dos meios executivos do crime, nada impede que sejam valoradas como circunstâncias judiciais na fixação da pena-base (art. 59 do CP).

d) Pena pecuniária: ao criar o § 5º, a lei deixou de cominar a pena de multa. Trata-se de norma penal benéfica. Ela retroagirá, assim, para atingir todos os furtos de veículos automotores que tenham sido transportados para outro Estado ou para o exterior, antes da entrada em vigor da Lei n. 9.426/96.

e) Pena privativa de liberdade – irretroatividade: a disposição legal, por ser mais severa, não retroage. Ela somente alcançará os crimes praticados a partir da data da publicação e início da vigência da Lei n. 9.426/96 (26 de dezembro de

1996).

10. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, portanto independe de representação do ofendido.

Art. 156 – Furto de coisa comum

1. OBJETO JURÍDICO

No crime de furto comum, tutelam-se a posse legítima ou a propriedade. Aqui, ao contrário, somente é tutelada a posse legítima.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear – objeto material

A ação nuclear é a mesma do furto comum: "subtrair". O objeto material, contudo, difere, pois se trata aqui da subtração de coisa comum.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. São sujeitos ativos o condômino, o coerdeiro ou o sócio. O *condomínio* existe quando determinado bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo a todas elas igual direito sobre o bem. *Herança* é uma universalidade de bens cujo domínio e posse se transferem aos herdeiros legítimos e testamentários tão logo ocorra a morte de seu titular (art. 1.784 do CC). *Sociedade* consiste na reunião de duas ou mais pessoas para a realização de escopos comuns. Discute-se na doutrina se o sócio de sociedade com personalidade jurídica comete o crime em questão ou o crime de furto comum (art. 155 do CP): a) para uma corrente doutrinária, a propriedade e a posse do patrimônio pertencem à pessoa jurídica e não aos seus sócios, de modo que, ao subtrair os bens da pessoa jurídica, o agente estará se apropriando de bens de terceiro, portanto comete o crime de furto comum (art. 155 do CP) (NORONHA, 1994, v. 2, p. 242; MIRABETE, 2001a, v. 2, p. 233); b) a lei não faz distinção quanto ao sócio de sociedade com personalidade jurídica, de modo que se o agente subtrair bens da pessoa jurídica estará praticando o crime de furto de coisa comum (art. 156 do CP).

2.3. Sujeito passivo

É o condômino, coerdeiro, sócio ou quem legitimamente detenha a coisa, com exceção do agente. Se a coisa estava sendo legitimamente detida pelo próprio agente, a disposição que ele fizer da coisa, como dono exclusivo, constitui apropriação indébita, e não furto (HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 49).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade de subtrair a coisa comum, exigindo a lei um especial fim de agir, contido na expressão “para si ou para outrem”.

4. CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRIME

Prevê o § 2º do art. 156 que

> não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.

À primeira vista supõe-se constituir uma causa de exclusão da punibilidade, contudo trata-se de causa de exclusão da ilicitude, ou seja, o fato é atípico. Basta verificar que o artigo mencionado refere-se à subtração, e não ao autor do crime, afirmando que aquela não é punível (nesse sentido: JESUS, 2000a, p. 551; GONÇALVES, 1999b, p. 19; em sentido contrário: Magalhães Noronha [1994, v. 2, p. 243], para quem o § 2º contém uma causa de isenção de pena).

5. AÇÃO PENAL

Trata-se de ação penal pública condicionada à representação de um dos ofendidos ou de seus representantes legais (art. 156, § 1º, do CP).

CAPÍTULO II – DO ROUBO E DA EXTORSÃO

Art. 157 – Roubo

1. OBJETO JURÍDICO

Em virtude de o crime em estudo ser considerado complexo, tutelam-
-se, além da posse e da propriedade, a integridade física e a liberdade individual.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear e meios executórios

A ação nuclear do tipo, identicamente ao crime de furto, consubstancia-se no verbo "subtrair", que significa tirar, retirar de outrem, no caso, bem móvel. Estamos, contudo, diante de um crime mais grave que o furto, pois aqui a subtração é realizada mediante o emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa ou mediante qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência da vítima. Tais são os meios executórios do crime de roubo:

a) Mediante o emprego de grave ameaça: trata-se do emprego da *vis compulsiva*, ou seja, da grave ameaça, consubstanciada na promessa da prática de mal grave e iminente. O emprego de arma defeituosa ou desmuniciada, ou de arma de brinquedo, em que pese a ineficácia (relativa no primeiro caso e absoluta nos demais), também constitui meios ameaçadores, idôneos a intimidar a vítima.

b) Mediante o emprego de violência física: trata-se do emprego da *vis absoluta*, ou seja, da força física (da qual decorram lesão corporal ou vias de fato) capaz de dificultar ou paralisar os movimentos da vítima, de modo a impedir a sua defesa (amarrar as mãos da vítima, jogá-la ao chão, dar-lhe tapas, pontapés, segurar-lhe fortemente os braços, disparar contra ela tiros de arma de fogo). Constitui a chamada violência própria.

c) Qualquer outro meio que reduza à impossibilidade de resistência: trata-se do emprego de qualquer outro meio que não constitua violência física ou grave ameaça (fazer a vítima ingerir bebida alcoólica, narcóticos, soníferos ou hipnotizá-la). Constitui a chamada violência imprópria.

2.2. Objeto material

O objeto material no crime de roubo são a coisa alheia móvel e a pessoa humana.

2.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticar o crime em tela, com exceção do possuidor ou proprietário do bem.

2.4. Sujeito passivo

É aquele que sofre ameaça ou violência e também o titular do bem roubado, quando diverso. A ofensa perpetrada no crime de roubo pode ser:

a) Imediata: é aquela perpetrada contra titular do direito de propriedade ou posse (violência empregada contra o dono da loja para que ele entregue o dinheiro do caixa).

b) Mediata: é aquela perpetrada contra um terceiro que não seja titular do direito de propriedade ou posse (agente que ameaça com arma de fogo o empregado da loja para que este lhe entregue o dinheiro do caixa).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade de subtrair coisa alheia móvel, com o fim especial de ter a coisa para si ou para outrem (*animus rem sib habendi*). No roubo impróprio há também a finalidade de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Roubo de uso: não há aqui similitude com o crime de furto, em que pese o agente não querer o objeto para si ou para outrem, pois há, além da ofensa ao patrimônio, ofensa à pessoa. Dessa feita, não há falar na atipicidade do fato[1]. Há, contudo, decisões dos Tribunais Estaduais admitindo o roubo de uso, entendendo-se, no caso, que o agente responderá tão somente pelo crime de constrangimento ilegal, em face da violência empregada (*JTACrimSP* 37/189).

4. FORMAS

O roubo pode ser:

- Próprio: previsto no *caput* do art. 157 do CP. Pena: reclusão, de 4 a 10 anos, e multa.
- Impróprio: previsto no § 1º do art. 157 do CP. Pena: reclusão, de 4 a 10 anos, e multa.
- Qualificado pelo resultado lesão corporal grave: previsto no § 3º, 1ª parte. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena será de reclusão, de 7 a 15 anos, além da multa.
- Qualificado pelo resultado morte (latrocínio): previsto no § 3º, 2ª parte. Se da violência resulta morte, a pena será de reclusão de 20 a 30 anos, sem prejuízo da multa.

As causas de aumento de pena dos roubos próprio e impróprio estão previstas

no § 2º, I a V, do art. 157 do CP. Pena: aumenta-se de um terço até a metade.

4.1. Roubo próprio

a) Conceito: no roubo próprio, a grave ameaça ou a violência, ou qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência da vítima, é empregada no início ou concomitantemente à subtração da coisa, ou seja, antes ou durante a retirada do bem. Finda essa ação, qualquer grave ameaça ou violência posterior caracterizará o roubo impróprio.

b) Momento consumativo e tentativa: veja a jurisprudência sobre o tema:

> 2. Considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível que objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do STJ e STF. 3. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 5ª T., REsp 792.131/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 4-4-2006, *DJU* de 15-5-2006, p. 284).
>
> ---
>
> 1. O crime de furto se consuma com a mera posse do bem subtraído, ainda que por um breve período, não se exigindo para a consumação do delito a posse tranquila da *res*. Aplicação do verbete sumular n. 83 desta Corte. 2. Recurso especial não conhecido (STJ, 5ª T., REsp 765.695/RO, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 7-3-2006, *DJU* de 3-4-2006, p. 404).
>
> ---
>
> I. O delito de furto – assim como o de roubo – consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima (STJ, 5ª T., REsp 798.760/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 14-3-2006, *DJU* de 3-4-2006, p. 410).
>
> ---
>
> 2. A jurisprudência desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, firmou a orientação no sentido de que se considera consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que, cessada a clandestinidade ou violência, o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que por curto espaço de tempo, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima, incluindo-se, portanto, as hipóteses em que é possível a retomada do bem por meio de perseguição imediata (STJ, 5ª T., REsp 767.584/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 14-3-2006, *DJU* de 24-4-2006, p. 453).

4.2. Roubo impróprio

a) Conceito: ao contrário do roubo próprio, no roubo impróprio o agente, logo depois da "retirada" da coisa, emprega violência ou grave ameaça contra os seus perseguidores com o fim de garantir a posse da coisa ou assegurar a impunidade do crime, isto é, de evitar a prisão em flagrante ou a sua identificação. A diferença, portanto, está no momento em que se empregam a violência ou a grave ameaça e na finalidade de seu emprego. No roubo próprio, ela é empregada com o fim de o agente se apoderar da *res*, ao passo que, no roubo impróprio, o agente já se apoderou da *res*, mas necessita proteger a sua posse ou

garantir a impunidade (nesse sentido: NORONHA, 1994, v. 2, p. 247). Veja-se que o dispositivo legal exige que a violência ou a grave ameaça sejam empregadas logo após a subtração. Há, assim, três requisitos:

- efetiva retirada da coisa;
- emprego de violência ou grave ameaça logo depois de subtraída a coisa;
- finalidade de se assegurarem a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

b) Momento consumativo e tentativa: diverge-se sobre a possibilidade da tentativa de roubo impróprio. Vejamos:

- Consumação: a consumação do crime ocorre no momento em que, após a retirada do bem, há o emprego de violência ou grave ameaça contra os seus perseguidores. Se o sujeito não empregar a violência ou a grave ameaça contra a pessoa, há furto tentado ou consumado. Temos, assim, duas hipóteses:

  1) O sujeito, após a retirada do bem, emprega violência ou grave ameaça contra a pessoa e há a consumação do crime de roubo impróprio.

  2) O sujeito, após a retirada do bem, não emprega violência ou grave ameaça contra a pessoa e há somente crime tentado ou consumado de furto. Dessa feita, não há como falar em tentativa de roubo impróprio (STF, *RT* 453/436; Nélson Hungria [1958a, v. 6, p. 61-62]; Magalhães Noronha [1994, v. 2, p. 248]; Damásio de Jesus [2000a, p. 559]). Esse é o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência. Questão: e se o agente não conseguir se apoderar da *res* por ter sido surpreendido por terceiros, mas vier a empregar violência ou grave ameaça contra eles para assegurar a sua fuga? Há no caso o crime de furto, na forma tentada, em concurso material com o crime contra a pessoa, uma vez que a violência ou a grave ameaça devem ser empregadas após a efetiva subtração da coisa para que se configure o roubo impróprio. No caso, a subtração não se consumou.
- Admite-se a tentativa: há aqueles que defendem a tentativa de roubo impróprio. Tal ocorre na hipótese em que o agente, efetuada a subtração, tenta empregar violência ou grave ameaça para assegurar a posse da coisa ou a impunidade do crime, mas é impedido por terceiros (nesse sentido: *JTACrimSP* 79/251; Mirabete, 2001a, v. 2, p. 239).

4.3. Causas especiais de aumento de pena (“roubo qualificado”)

As agravantes previstas no § 2º, I a V, do art. 157 são erroneamente denominadas “qualificadoras”. Não é correto o emprego desse termo, pois,

tecnicamente, trata-se de causa especial de aumento de pena, a incidir na terceira fase de aplicação da pena. E, consoante a Súmula 443 do STJ (*DJe* de 13-5-2010): "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".

a) Emprego de arma (inc. I): a pena é aumentada de um terço até a metade se a violência ou ameaça foi exercida com emprego de arma. O emprego de arma de brinquedo configura a causa de aumento de pena?

- 1ª posição: a razão dessa causa de aumento de pena para alguns doutrinadores, como Nélson Hungria, é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a capacidade de resistência. Conclui-se desse posicionamento que não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade para ofender a integridade física da vítima. Basta que ela seja idônea, capaz de causar maior temor na vítima. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva. O STJ inclusive editou a Súmula n. 174, cujo teor é o seguinte:

  No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena.

- 2ª posição: o emprego de arma denota maior ameaça à integridade física da vítima. Segundo uma corrente doutrinária, perfilhada por doutrinadores como Celso Delmanto e Damásio de Jesus, a causa de aumento de pena tem por fundamento o perigo real que representa à incolumidade física da vítima o emprego de arma. Tal não ocorre com o emprego de arma desmuniciada ou defeituosa, ou de arma de brinquedo. O emprego de tais artefatos serve por si só para caracterizar a grave ameaça que configura o roubo próprio ou impróprio (DELMANTO et al., 2000, p. 324; JESUS, 2000a, p. 562). Essa é a corrente que prevalece na doutrina e que agora tende a prevalecer nos Tribunais Superiores, na medida em que a citada Súmula n. 174 do STJ foi devidamente revogada. Dessa feita, atualmente, prevalece o entendimento no sentido de que, no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo não autoriza o aumento de pena.

Algumas questões:

- A simulação de porte de arma constitui a causa especial de aumento de pena?

  Não, pois não há o emprego de arma. A simulação de porte de arma de fogo constitui meio idôneo intimidatório capaz de diminuir a resistência da vítima, o que constitui, por si só, a grave ameaça, meio executório do crime de roubo. Por exemplo: agente que coloca a mão no bolso da calça ou do casaco fingindo estar armado. Esse, inclusive, é o posicionamento do STF

(*RT* 705/416, 646/376).

- O emprego de arma por apenas um dos coagentes do crime constitui circunstância que se comunica aos demais?

  Sim, pois se trata de circunstância objetiva, prescindindo-se, inclusive, da identificação do agente que empregou a arma.

- É possível a cumulação da majorante do crime de roubo (emprego de arma) com a majorante da quadrilha ou bando (emprego de arma) prevista no parágrafo único do art. 288? Tal cumulação não constituiria *bis in idem*?

  O STF tem se manifestado no sentido da possibilidade dessa cumulação.

b) Concurso de duas ou mais pessoas (inc. II): incidem aqui os mesmos comentários relativos ao crime de furto qualificado.

c) Transporte de valores (inc. III): a pena é agravada se a vítima, geralmente por dever de ofício (caixeiro-viajante, empresa de segurança especialmente contratada para o transporte de valores), realiza serviço de transporte de valores (dinheiro, joia etc.). O sujeito ativo deve ter consciência de que a vítima está em serviço de transporte de valores. Exige-se que a finalidade do transporte seja a condução de valores de uma localidade para outra. Isso não ocorre, por exemplo, no caso de roubo de valores recebidos diariamente pelo motorista de táxi, pois ele não está na condição de prestador de serviço de transporte de valores.

d) Roubo de veículo automotor (inc. IV): esse inciso foi acrescentado pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, que tivemos a oportunidade de estudar no crime de furto qualificado. Cumpre aqui apenas repisar que, no caso de pluralidade de causas de aumento de pena previstas na Parte Especial, o Juiz aplicará somente uma, funcionando as demais como circunstâncias agravantes genéricas ou simplesmente judiciais.

e) Agente que mantém a vítima em seu poder (inc. V): de acordo com o art. 157, § 2º, inciso V, do CP, a pena aumenta-se de um terço até a metade se, no crime de roubo, o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade. Tal inciso foi acrescentado pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, objetivando aumentar a reprimenda do chamado “sequestro-relâmpago”, modalidade bastante comum na atualidade e que não contava com uma repressão adequada. Ocorre que, embora a lei tivesse a intenção de sancionar com maior rigor tal prática, referida causa de aumento não podia ser aplicada ao “sequestro-relâmpago”, isto porque na hipótese em que o ladrão conduzisse a vítima até caixas eletrônicos e a constrangesse a entregar-lhe o cartão magnético e a fornecer-lhe a senha, a fim de sacar o numerário, restaria verificado o crime de extorsão, uma vez que seria imprescindível a atuação do sujeito passivo do

ataque patrimonial para a obtenção da vantagem indevida pelo autor. Nesse sentido, leciona Damásio E. de Jesus[2]. Tendo em vista que o fato descrito não configurava o crime de roubo na forma majorada, como ficava a repressão do sequestro, já que o art. 158 não o previa como causa especial de aumento ou qualificadora? Infelizmente, a momentânea privação da liberdade da vítima como meio executório do delito não dava azo à incidência de qualquer majorante, nem podia configurar crime autônomo, pois, em face do princípio da consunção, restava absorvida pela extorsão, como fase normal de sua execução (crime-meio). Diante disso, em que pese a boa intenção do legislador, o "sequestro-relâmpago" havia ficado de fora. Restava, no entanto, a punição do sequestro (CP, art. 148), quando praticado depois da extorsão (CP, art. 158), sem que a restrição da liberdade da vítima fosse necessária para a consumação do crime, operando-se, no caso, o concurso material de delitos. Mencione-se que, na hipótese, não era sequer possível falar no delito hediondo de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), pois o mesmo pressupunha que a liberdade da vítima fosse condicionada ao pagamento de resgate por terceira pessoa, o que não ocorria no "sequestro-relâmpago". Percebe-se que, infelizmente, a modificação legislativa não teve o condão de surtir os efeitos almejados, pois o sequestro acabou por não constituir circunstância apta a agravar a pena desse delito. Na tentativa de solucionar o problema, recentemente, a Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009, publicada no *DOU* de 17-4-2009, acrescentou um § 3º ao art. 158 do CP, segundo o qual,

> Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Portanto, a partir dessa inovação legal, o "sequestro-relâmpago" configurará o crime de extorsão na forma qualificada. Sobre o tema, *vide* comentários ao art. 158, § 3º.

Quanto ao roubo, diferentes situações podem apresentar-se (MIRABETE, 2001a, v. 2, p. 241; JESUS, 2000a, p. 568; GONÇALVES, 1999a, p. 31):

a) *O sequestro é cometido como meio de execução do roubo ou contra a ação policial*: ainda que haja restrição da liberdade por curto período de tempo, incide a majorante. O sequestro é absorvido pelo roubo, porém aplica-se a causa de aumento do inciso V do § 2º do art. 157 do CP. Roubo "qualificado", portanto.

b) *O sequestro é praticado depois da subtração, sem que a restrição da liberdade da vítima tenha sido empregada para a consumação do crime, mas*

como forma de facilitar a fuga; ou, de modo geral, em qualquer situação na qual o sequestro seja praticado de modo bem destacado do roubo, isto é, em contextos fáticos distintos: haverá concurso de crimes. Assim, por exemplo, na hipótese em que o agente após se apoderar da *res*, mediante violência ou grave ameaça, ainda mantém a vítima consigo por vários dias, haverá crime autônomo de sequestro em concurso material com o de roubo, sem a incidência da mencionada causa especial de aumento.

4.4. Roubo qualificado pela lesão corporal de natureza grave

a) Conceito: trata-se de hipótese de roubo qualificado pelo resultado prevista no § 3º, 1ª parte, do art. 157 do CP: "Se da violência resulta lesão corporal grave (...)". Ocorre quando, do emprego de violência física contra a pessoa com o fim de subtrair a *res* ou para assegurar a sua posse ou a impunidade do crime, decorrem lesões corporais graves. Não se trata necessariamente de crime preterdoloso (conduta dolosa e resultado agravador culposo), em que o agente quer praticar um crime, mas acaba excedendo-se e produzindo culposamente um resultado mais gravoso do que o desejado (o agente quer se apoderar da *res* e desfere um soco na vítima com o fim de impedir a sua defesa, mas ela vem a cair e bater a cabeça em uma pedra, sucedendo lesões graves no cérebro). Ainda que não tenha desejado nem assumido o risco do evento, responderá o agente culposamente pelo resultado agravador.

b) Qualificadora do § 3º e a incidência das causas de aumento de pena do § 2º: prevalece o entendimento no sentido da inaplicabilidade das causas de aumento de pena às formas qualificadas.

c) Consumação: consuma-se o crime com a subtração da *res* e a produção das lesões corporais graves.

d) Tentativa: por exemplo, agente que, após lograr roubar a *res*, é impedido por terceiros de jogar ácido no rosto da vítima.

e) Roubo qualificado pelas lesões corporais de natureza grave e a Lei dos Crimes Hediondos: o roubo qualificado pelas lesões corporais de natureza grave não se inclui no rol dos crimes hediondos, previstos na Lei n. 8.072/90, ao contrário do crime de latrocínio.

4.5. Latrocínio

a) Conceito: o crime de latrocínio está previsto no art. 157, § 3º, 2ª parte. Ocorre quando, do emprego de violência física contra a pessoa com o fim de subtrair a *res* ou para assegurar a sua posse ou a impunidade do crime, decorre

morte da vítima. Trata-se de crime complexo, formado pelo crime de roubo + homicídio, constituindo uma unidade distinta e autônoma dos crimes que o compõem. Há, assim, um crime contra o patrimônio + um crime contra a vida.

Tratando-se de crime qualificado pelo resultado, a morte da vítima ou de terceiro pode resultar tanto de dolo quanto de culpa. Não se trata, assim, de crime necessariamente preterdoloso (resultado agravador produzido culposamente, por exemplo: agente que acidentalmente dispara um tiro na cabeça da vítima).

Assim como no crime de roubo qualificado pelas lesões corporais graves, no latrocínio inadmite-se que a morte da vítima advenha do emprego de grave ameaça, pois a lei expressamente afirma "se da violência". Dessa forma, se a vítima morrer de ataque cardíaco em decorrência de grave ameaça (emprego de arma de fogo), responderá o agente pelos crimes de roubo em concurso formal com homicídio (se houver dolo ou culpa).

Importa frisar que a morte deve decorrer do emprego de violência pelo agente com o fim de se apoderar da *res* ou assegurar a sua posse ou garantir a impunidade do crime. Se, contudo, a morte advier de motivos outros, como ciúme, vingança etc., ocorrerá o crime de roubo em concurso com o crime de homicídio. É que, ausente uma daquelas finalidades contidas na lei, não é possível estabelecer um nexo causal entre o roubo e a morte produzida, portanto o crime é qualificado pelo resultado.

b) Consumação e tentativa no crime qualificado pelo resultado: dá-se a consumação com a efetiva subtração da *res* e morte da vítima. Dúvidas surgem se um dos crimes componentes do latrocínio não se consuma. Trataremos aqui da tentativa de latrocínio qualificado pelo resultado, em que o agente quer ou assume o risco da morte da vítima ou de terceira pessoa (dolo direto ou eventual). A doutrina e a jurisprudência convencionaram o seguinte:

- Havendo subtração patrimonial consumada e morte consumada, teremos *latrocínio consumado.*
- Havendo subtração patrimonial consumada e morte tentada, teremos *latrocínio tentado* (art. 157, § 3º, 2ª parte, c c. o art. 14, II, ambos do CP).
- Havendo subtração tentada e morte consumada, teremos *latrocínio consumado*. 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.
- Havendo subtração patrimonial tentada e morte tentada, teremos *latrocínio tentado* (art. 157, § 3º, 2ª parte, c c. o art. 14, II, ambos do CP).

O que prevalece, portanto, é a situação *em relação à vida*.

c) Competência: em que pese o homicídio ser elemento do crime de latrocínio, este é de competência do Juiz singular e não do Tribunal do Júri.

d) Pluralidade de vítimas fatais e única subtração patrimonial – crime único ou concurso de crimes? Se há uma única subtração patrimonial e pluralidade de mortes, há um único latrocínio e não concurso de crimes, devendo o número de mortes ser considerado nos termos do art. 59 do CP.

e) Aplicação das causas de aumento de pena do § 2º ao § 3º: veja comentários ao crime de roubo qualificado pelas lesões corporais de natureza grave.

f) Morte do coautor: se o agente pretendia matar a vítima ou terceira pessoa, mas por erro na execução do crime (*aberratio ictus*) acaba por matar o seu comparsa, há o crime de latrocínio, pois se considera no caso a pessoa que o agente realmente pretendia atingir.

g) Latrocínio e a Lei dos Crimes Hediondos: a Lei n. 8.072/90 inclui o latrocínio no rol dos crimes hediondos. Com isso, o preceito sancionatório cominado no § 3º do art. 157 do CP sofreu sério agravamento: o mínimo de pena privativa de liberdade foi majorado de 15 para 20 anos de reclusão, além da multa. Segundo a letra do art. 9º da Lei n. 8.072/90, as penas fixadas para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º seriam acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 anos de reclusão, caso a vítima estivesse em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 do CP. No entanto, uma vez que o art. 224 do CP foi revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009 e as condições nele previstas integram tipo autônomo específico (CP, art. 217-A – estupro de vulnerável), que não tem aplicação genérica sobre outros delitos, não há mais que cogitar na incidência da aludida causa de aumento de pena nos delitos patrimoniais (arts. 157, § 3º; 158, § 2º; 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º).

5. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 158 – Extorsão

1. OBJETO JURÍDICO

A extorsão constitui crime contra o patrimônio, portanto tutela-se primordialmente a inviolabilidade patrimonial. Secundariamente se objetiva a tutela da vida, da integridade física, da tranquilidade e da liberdade pessoal.

2. OBJETO MATERIAL

Pode ser tanto a coisa móvel quanto a imóvel.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO DELITO

3.1. Ação nuclear – meios executórios – elemento normativo do tipo

A *ação nuclear do tipo* consubstancia-se no verbo "constranger", que significa coagir, compelir, forçar, obrigar alguém a fazer (por exemplo, quitar uma dívida não paga), a tolerar que se faça (por exemplo, permitir que o agente rasgue um contrato) ou a deixar de fazer alguma coisa (por exemplo, obrigar a vítima a não propor ação judicial contra o agente). Há, em primeiro lugar, a ação de constranger realizada pelo coator, que é seguida da realização ou abstenção de um ato por parte do coagido.

3.1.1. *Meios executórios*

O constrangimento pode ser exercido mediante o emprego de violência[3] ou grave ameaça, que podem atingir tanto o titular do patrimônio quanto a pessoa ligada a ele (filhos, pai, mãe, esposa etc.). Não se refere a lei *ao emprego de qualquer outro meio*, ao contrário do crime de roubo, de modo que, se o constrangimento é realizado mediante o emprego de álcool ou outra substância entorpecente, poderá configurar-se o crime de roubo, estelionato etc. A ameaça é o meio mais comum utilizado pelo agente para constranger a vítima a agir ou a se abster de determinado comportamento. Há diversos bens a que se pode visar na ameaça, conforme ensina Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 69): "A *vida*, a *integridade física*, a *honra*, a *reputação*, o *renome profissional* ou *artístico*". A vítima cede, assim, à chantagem ante o temor de que um bem seu de maior valor seja sacrificado. Não é requisito do crime que o dano da ameaça seja injusto.

Analisando a ação nuclear e os meios executórios do crime de extorsão, tem-se a impressão de que estamos diante do crime de constrangimento ilegal. Exige, contudo, o tipo penal um fim especial do agente, consubstanciado na vontade de obter indevida vantagem econômica, em seu benefício ou de terceiro. O tipo penal contém assim um *elemento normativo* representado pela expressão "indevida". Indevida é aquela vantagem contrária ao direito. Se for devida, comete o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP).

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticar o delito em estudo, contudo, tratando-se de funcionário público, este poderá cometer o crime de concussão, com a simples exigência de vantagem indevida em razão da função

(art. 316 do CP).

3.3. Sujeitos passivos

Podem ser sujeitos passivos:

- aquele que sofre a violência ou a grave ameaça;
- aquele que faz, deixa de fazer ou tolera que se faça algo;
- aquele que sofre o prejuízo econômico.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade de constranger outrem, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, a fazer, a tolerar que se faça ou a deixar de fazer alguma coisa. Além do dolo, é necessário um fim especial de agir, consistente no intuito de obter vantagem econômica. Ausente essa finalidade econômica, o fato pode constituir outro crime, como o delito de constrangimento ilegal.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Diverge-se na doutrina acerca do momento consumativo do crime de extorsão. Há duas correntes:

a) A extorsão é crime formal ou de consumação antecipada. Denomina-se como tal o tipo penal que não exige a produção do resultado para a consumação do crime, embora seja possível a sua ocorrência. Dessa feita, no crime de extorsão, basta que a vítima, constrangida pelo emprego de violência ou grave ameaça, faça, tolere que se faça ou deixe de fazer alguma coisa para que o crime se repute consumado, não se exigindo a obtenção da indevida vantagem econômica pelo agente: esse é o entendimento que prevalece na doutrina. Nesse mesmo sentido o STJ editou a Súmula n. 96:

> O crime de extorsão consuma-se *independentemente* de obtenção da vantagem indevida (grifo nosso).

b) A extorsão é crime material. Consuma-se com a produção do resultado, qual seja a obtenção da indevida vantagem econômica (NORONHA, 1994, v. 2, p. 263).

6. TENTATIVA

É possível, no entender de ambas as correntes doutrinárias. Mesmo para os que entendem ser a extorsão crime formal (posição tecnicamente mais correta), essa qualidade não impede a incidência da tentativa. É que a extorsão é crime formal e plurissubsistente e, como tal, comporta um *iter* que pode ser obstado por circunstâncias alheias à vontade do agente.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput*. Pena: reclusão, de 4 a 10 anos, e multa.

7.2. Causa especial de aumento de pena

Está prevista no § 1º. É também conhecida como qualificadora, embora tecnicamente se trate de causa especial de aumento de pena (a pena é elevada de um terço até a metade). Essa circunstância é, assim, impropriamente denominada extorsão "qualificada". Vejamos:

a) Cometimento do crime por duas ou mais pessoas: aqui a lei fala em cometimento e não em concurso, sendo indispensável, portanto, que os co-agentes pratiquem atos executórios do crime, ou seja, constranjam a vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Dessa feita, não se configurará essa majorante se um dos agentes se limitar a fazer vigília para que o seu comparsa realize a extorsão. Exige-se, portanto, a coautoria e não a mera participação. Não se deve confundir essa majorante com a prevista no crime de roubo e furto, pois os arts. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II, preveem o concurso de pessoas, que abrange a coautoria e a participação, ao contrário da majorante em estudo (no mesmo sentido: MIRABETE, 2001a, v. 2, p. 250).

b) Emprego de arma: aplicam-se aqui os comentários ao crime de roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º, I).

7.3. Qualificada

A extorsão qualificada está prevista no § 2º do art. 158 do CP. De acordo com este, aplica-se a ela o disposto no § 3º do art. 157, ou seja, o mesmo preceito sancionatório. Trata-se, efetivamente, de qualificadora, uma vez que o dispositivo cuida de situações que elevam os limites de pena da extorsão em razão de seu resultado (a pena passa a ser de 7 a 15 anos de reclusão, se resultar lesão corporal grave, em virtude da alteração promovida pela Lei n. 9.426/96, ou de 20 a 30 anos, se houver morte). A extorsão qualificada pelo resultado morte foi erigida à categoria de crime hediondo (art. 1º, III, da Lei n. 8.072/90). Desse modo, muito embora o art. 6º da Lei n. 8.072/90 nada diga a esse respeito, o tipo da extorsão qualificada pela morte sofreu uma exacerbação punitiva (o § 2º do art. 158 do CP estatui que à extorsão qualificada pela morte será aplicado o preceito sancionatório do latrocínio e esse, conforme estudado, sofreu um acréscimo no que tange ao mínimo penal).

Nos termos do art. 9º da Lei n. 8.072/90, se a vítima se enquadrasse em qualquer das hipóteses do art. 224 do CP, a pena seria acrescida de metade, respeitado o limite máximo de 30 anos. No entanto, uma vez que o art. 224 do CP foi revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009 e as condições nele previstas integram tipo autônomo específico (CP, art. 217-A – estupro de vulnerável), que não tem aplicação genérica sobre outros delitos, não há mais que se cogitar na incidência da aludida causa de aumento de pena nos delitos patrimoniais (arts. 157, § 3º; 158, § 2º; 159, *caput* e seus § § 1º, 2º e 3º).

O crime de extorsão com morte da vítima, assim como o latrocínio, é da competência do Juiz singular e não do Tribunal do Júri.

7.4. Qualificada: "sequestro-relâmpago"

Recentemente, a Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009, publicada no *DOU* de 17-4-2009, acrescentou um § 3º ao art. 158 do CP, segundo o qual

> Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Portanto, a partir dessa inovação legal, o "sequestro-relâmpago", em que o agente restringe a liberdade de locomoção da vítima, conduzindo-a até caixas eletrônicos, a fim de obrigá-la a entregar-lhe o cartão magnético e a fornecer-lhe a senha, para sacar o numerário, configurará o crime de extorsão na forma qualificada (sobre o tema, *vide* comentários ao art. 157, § 2º, inciso V, do CP).

8. DISTINÇÕES

a) Extorsão e concussão: nesse último crime, o sujeito ativo é funcionário público e, em razão da função, exige vantagem indevida, fazendo com que a vítima ceda, exclusivamente, em virtude do *metus auctoritatis causa*. Não há, assim, o emprego de qualquer violência (física ou grave ameaça) contra a vítima. Nada impede, contudo, que o funcionário público, ainda que em razão do cargo, pratique o crime de extorsão; basta que o agente constranja a vítima mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Vejamos este exemplo colhido na jurisprudência: policiais que constrangem a vítima, sob a mira de revólveres e sob ameaça de injusta prisão, a lhes entregar dinheiro (*RT* 475/276). Cometem eles o crime de extorsão, em face do emprego de grave ameaça.

b) Extorsão e constrangimento ilegal: conforme estudado, a extorsão é uma espécie do gênero "constrangimento ilegal" (art. 146 do CP). Se a vantagem almejada for apenas moral, haverá constrangimento ilegal. Trata-

-se de crime eminentemente subsidiário. Caso o intuito do agente seja auferir vantagem econômica, haverá o crime de extorsão.

c) Extorsão e estelionato: o ponto em comum entre esses dois crimes reside na entrega da coisa pela própria vítima ao agente. Na extorsão, a entrega da coisa dá-se mediante o emprego de meios coativos (violência ou grave ameaça); no estelionato, a entrega do bem dá-se em virtude de fraude empregada pelo agente, ou seja, por estar iludida, enganada, a vítima faz a entrega voluntariamente. Nada impede que o agente se utilize da fraude e da coação (violência ou grave ameaça) para obtenção da vantagem econômica indevida, configurando-se no caso o crime de extorsão. Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 68) exemplifica:

> O agente finge-se de autoridade policial e, sob ameaça de prisão ou de futuro procedimento penal, faz com que o adelo lhe entregue o objeto de valor, a pretexto de se tratar de coisa proveniente de furto, ou lhe dê dinheiro em troca de seu silêncio. A vítima cedeu pela coação, embora para eficácia desta haja contribuído decisivamente um engano.

d) Extorsão e exercício arbitrário das próprias razões: o crime de extorsão caracteriza-se pela exigência, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, de indevida vantagem econômica. Se tais meios de coação forem empregados contra a vítima com o intuito de se obter vantagem econômica devida, o crime será outro: exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Conforme estudamos, se o credor ameaçar o devedor de divulgar fatos difamatórios sobre este, caso ele não lhe pague a quantia devida, responderá, assim, pelo crime previsto no art. 345, em que pese o emprego da ameaça, pois a vantagem almejada é devida.

e) Extorsão e roubo: questiona-se: o agente que coage a vítima, mediante emprego de arma de fogo, a lhe entregar a carteira comete o crime de roubo ou extorsão? Veja-se que na prática se costuma classificar tal fato como crime de roubo, até porque as penas do crime de extorsão e de roubo são idênticas. Vejamos aqui as correntes doutrinárias que buscam os pontos diferenciais desses dois crimes:

- Segundo Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 66; DELMANTO et al., 2000, p. 330), na extorsão a própria vítima entrega o bem para o agente, ao passo que no roubo há subtração, ou seja, o bem é retirado pelo agente. Dessa feita, seria tecnicamente mais correto dizer que há na espécie crime de extorsão, pois não houve efetivamente a subtração, mas a entrega da coisa pela vítima.
- Para uma segunda corrente doutrinária, no roubo o mal é iminente e a vantagem, contemporânea, ao passo que na extorsão o mal prometido e a vantagem a que se visa são futuros (Carrara apud NORONHA, 1994, v. 2, p. 266).

- Para uma terceira corrente, sustentada por Damásio de Jesus (2000a, p. 574), na extorsão é imprescindível o comportamento da vítima, enquanto no roubo é prescindível. No exemplo do assalto, é irrelevante que a coisa venha a ser entregue pela vítima ao agente ou que este a subtraia. Trata-se de roubo. Constrangido o sujeito passivo, a entrega do bem não pode ser considerada ato livremente voluntário, tornando tal conduta de nenhuma importância no plano jurídico. A entrega pode ser dispensada pelo autor do fato. Já na extorsão o apoderamento do objeto material depende da conduta da vítima. Nesse sentido: *JTACrimSP* 77/264, 85/385, 88/315, 80/269 e 95/192; *RT* 604/384, 718/429 e 748/610 e 612.

A jurisprudência tem se manifestado nesse sentido.

9. CONCURSO DE CRIMES

Roubo e extorsão – continuidade delitiva: um dos requisitos para a configuração da continuidade delitiva é que os crimes sejam da mesma espécie. Roubo e extorsão, em que pese constituírem crimes patrimoniais, ou seja, da mesma natureza, não são delitos da mesma espécie, pois não estão previstos no mesmo tipo penal, logo não há falar em continuidade delitiva entre ambos.

10. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada. Com relação ao procedimento, *vide* art. 394 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, a qual passou a eleger critério distinto para a determinação do rito processual a ser seguido. A distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude de esta ser apenada com reclusão ou detenção.

No tocante ao crime de extorsão qualificada pelo resultado morte, igualmente incidem as regras já mencionadas, pois a competência para o seu julgamento é do juiz singular, e não do Tribunal do Júri.

Art. 159 – Extorsão mediante sequestro

1. CONCEITO

Contempla o CP no art. 159 mais um crime de extorsão, contudo cuida-se aqui da privação da liberdade da vítima tendo por fim a obtenção de vantagem como condição ou preço do resgate.

2. OBJETO JURÍDICO

Por tratar-se de crime complexo, formado pela fusão de dois crimes – sequestro ou cárcere privado e extorsão –, tutelam-se a inviolabilidade patrimonial e a liberdade de locomoção, além da integridade física, diante da previsão das formas qualificadas pelo resultado lesão corporal grave ou morte. Em que pese haver ofensa à liberdade pessoal, trata-se de crime contra o

patrimônio, pois o sequestro é crime-meio para a obtenção de vantagem patrimonial.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo consubstancia-se no verbo “sequestrar”, que significa privar a vítima de sua liberdade de locomoção, ainda que por breve espaço de tempo. A lei não se refere ao cárcere privado, ao contrário do art. 148 do CP; segundo a doutrina, entretanto, o termo sequestro tem acepção ampla, compreendendo também o cárcere privado, ou seja, a segregação da vítima em recinto fechado (nesse sentido: HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 72; JESUS, 2000a, p. 578; MIRABETE, 2001a, v. 2, p. 253). O que difere o sequestro previsto no art. 148 do CP da extorsão mediante sequestro é que nessa última há uma finalidade especial do agente consubstanciada na vontade de obter, para si ou para outrem, vantagem como condição ou preço do resgate. Há, portanto, a intenção de auferir alguma vantagem econômica, ao contrário do sequestro.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticá-lo. Sujeito ativo do crime não é apenas aquele que pratica o sequestro da pessoa, mas também o que vigia a vítima no local do crime para que ela não fuja, o que leva a mensagem aos parentes da vítima.

3.3. Sujeito passivo

São sujeitos passivos tanto a pessoa que sofre a lesão patrimonial quanto a que é sequestrada.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de sequestrar a vítima, acrescido da finalidade especial de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. Se não estiver presente essa finalidade especial, o crime passa a ser outro: sequestro ou cárcere privado (se a intenção for a de se vingar da vítima).

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime formal e não material. Dessa forma, o crime se consuma com o sequestro, ou seja, com a privação da liberdade da vítima, independentemente da obtenção da vantagem econômica, que constitui mero exaurimento do crime.

É, ainda, crime permanente. O momento consumativo do crime prolonga-se no tempo, enquanto a vítima é mantida no cativeiro. A cessação do crime depende única e exclusivamente da vontade do agente. A prisão em flagrante pode ser realizada a qualquer momento, enquanto a vítima ainda estiver sob o poder dos sequestradores.

6. TENTATIVA

Trata-se de crime plurissubsistente, portanto a tentativa é perfeitamente possível.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput*. Trata-se de crime hediondo, nos termos do art. 1º, IV, da Lei n. 8.072/90.

7.2. Qualificadas

Estão previstas nos § § 1º, 2º e 3º.

Trata-se também de crime hediondo, nos termos do art. 1º, IV, da Lei n. 8.072/90.

§ 1º Pena: 12 a 20 anos.

- Sequestro por mais de 24 horas.
- Sequestro de menor de 18 ou maior de 60 anos. Cuidava-se aqui da vítima menor de 18 anos e maior de 14, uma vez que o art. 9º da Lei n. 8.072/90 previa um aumento de pena de metade se a vítima não fosse maior de 14 anos de idade (CP, art. 224, *a*). No entanto, conforme já analisado, uma vez que o art. 224 do CP foi revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009 e as condições nele previstas integram tipo autônomo específico (CP, art. 217-A – estupro de vulnerável), que não tem aplicação genérica sobre outros delitos, não há mais que se cogitar na incidência da aludida causa de aumento de pena nos delitos patrimoniais (arts. 157, § 3º; 158, § 2º; 159, *caput* e seus § § 1º, 2º e 3º). Desse modo, a qualificadora em estudo passou a abranger também a vítima com idade igual ou inferior a 14 anos. No tocante ao sequestrado maior de 60 anos, a referida qualificadora foi acrescida ao § 1º pelo art. 110 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).
- Sequestro praticado por bando ou quadrilha. Trata-se do bando ou quadrilha a que se refere o art. 288 do CP, ou seja, a reunião de mais de três pessoas

para o fim de cometer crimes, assim, não se configura essa majorante se a reunião for ocasional para, especificamente, cometer o crime de extorsão mediante sequestro.

§ 2º Pena: 16 a 24 anos.

Extorsão mediante sequestro, qualificada pela lesão corporal de natureza grave. Trata-se de crime qualificado pelo resultado. O evento posterior agravador pode ter sido ocasionado tanto de maneira dolosa quanto culposa. Ele pode resultar "tanto dos maus-tratos acaso infligidos ao sequestrado, quanto da própria natureza ou modo do sequestro" (HUNGRIA, 1958a,
v. 6, p. 74). Conforme entendimento da doutrina, se a vítima desses resultados agravadores não é o próprio sequestrado, mas, sim, terceira pessoa (um segurança da vítima ou a pessoa que estava efetuando o pagamento do resgate) (veja exemplo citado por GONÇALVES, 1999b, p. 41), haverá o crime de extorsão mediante sequestro na forma simples em concurso material com o crime contra a pessoa.

§ 3º Pena: 24 a 30 anos.

Extorsão mediante sequestro, qualificada pela morte. A Lei dos Crimes Hediondos (art. 6º), ao exacerbar o mínimo penal deste dispositivo para 24 anos de reclusão, havia criado uma situação em que a pena mínima era igual à pena máxima, ferindo, por conseguinte, o princípio constitucional da individualização da pena: tratava-se da situação em que a vítima se encontrava nas condições do art. 224 do CP, caso em que o art. 9º da Lei n. 8.072/90 determinava que a pena deveria ser agravada de metade (24 + 12 – como o art. 75 do CP proibia tal hipótese, tínhamos a pena mínima equivalente a 30 anos, ou seja, idêntica à pena máxima prevista para o caso). No entanto, com a revogação do art. 224 do CP pela Lei n. 12.015/2009, tal situação deixou de existir.

8. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – DELAÇÃO EFICAZ OU PREMIADA – § 4º

O art. 7º da Lei dos Crimes Hediondos criou uma causa de diminuição de pena específica para o crime de extorsão mediante sequestro praticado em concurso. Trata-se da chamada delação eficaz ou premiada. Posteriormente, o referido artigo foi objeto de nova redação, determinada pela Lei n. 9.269/96, cujo teor é o seguinte:

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

"[...]

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-

-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

a) Requisitos para a delação eficaz: para a aplicação da delação eficaz são necessários os seguintes pressupostos:

1) prática de um crime de extorsão mediante sequestro;

2) cometimento de crime em concurso;

3) delação feita por um dos coautores ou partícipes à autoridade;

4) eficácia da delação.

b) Liame subjetivo entre os agentes: para aplicação dessa causa de diminuição de pena é necessário que o crime tenha sido cometido em concurso. Se a extorsão mediante sequestro não tiver sido praticada em concurso, por dois ou mais agentes, isto é, não havendo unidade de desígnios entre os autores e partícipes, ainda que haja a delação, a pena não sofrerá qualquer redução. Na hipótese de autoria colateral, não há falar em aplicação do benefício, ante a inexistência da unidade de desígnios entre os agentes.

c) Delação deve ser eficaz: a expressão "denunciá-lo à autoridade" diz respeito ao delito de extorsão mediante sequestro. Aquele que, no entanto, simplesmente dá a conhecer a existência do crime, sem indicar dados que permitam a libertação da vítima por ele sequestrada, ainda que coautor ou partícipe, não pode beneficiar-se da delação eficaz. Não confundir delação eficaz com a figura da traição benéfica, que está prevista no art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90, pois na delação o que deve ser levado ao conhecimento da autoridade é o crime de extorsão mediante sequestro. É necessário, portanto, que o coautor ou partícipe delate o crime à autoridade, a vítima seja libertada e a delação tenha efetivamente contribuído para a libertação.

d) Libertação do sequestrado: a eficácia da delação consiste na libertação do sequestrado. Para que a denúncia seja considerada eficaz são necessários dois requisitos: a efetiva libertação do ofendido e o nexo causal entre esta e a delação (nesse sentido: STF, HC 69.328-8, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 5-6-1992, p. 8430).

e) Autoridade: autoridade, para os fins do texto, é todo agente público ou político com poderes para tomar alguma medida que dê início à persecução penal, portanto o Delegado de Polícia, que pode instaurar o inquérito policial, e o Promotor de Justiça e o Juiz de Direito, que podem requisitar a sua instauração. A jurisprudência pode vir a incluir outros agentes nesse rol.

f) Critério para redução: o *quantum* a ser reduzido pelo Juiz varia de acordo com a maior ou menor contribuição da delação para a libertação do sequestrado. Quanto maior a contribuição, tanto maior será a redução. Trata-se de causa

obrigatória de diminuição de pena. Preenchidos os pressupostos, não pode ser negada pelo Juiz. É também circunstância de caráter pessoal, incomunicável aos demais agentes. Tratando-se de norma de natureza penal, pode retroagir em benefício do agente, para alcançar os crimes de extorsão mediante sequestro cometidos antes de sua entrada em vigor.

g) Binômio: a delação eficaz tem por base o seguinte binômio:

- denúncia da extorsão mediante sequestro;
- libertação do sequestrado.

Observação: consulte os arts. 13 e 14 da Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo penal.

9. A QUESTÃO DA MULTA

A Lei n. 8.072/90, preocupada em exacerbar a reação penal em relação aos crimes hediondos, veio revestida de um enorme erro: omitiu a referência à pena pecuniária. Em razão disso, *revogou* os preceitos secundários do art. 159 do CP no tocante à multa. Isso é lamentável, pois a cupidez é o móvel principal desse crime. Ocorreu, *in casu*, verdadeira *abolitio poena* e, como norma penal mais benéfica, essa regra, na parte em que aboliu a sanção pecuniária, retroage para alcançar todos os crimes de extorsão mediante sequestro praticados anteriormente, levando à extinção imediata de todos os processos de execução das multas aplicadas a esses delitos.

1 Segundo Damásio de Jesus (2000a, p. 533), a equipe de repressão a roubos do Ministério Público do Estado de São Paulo adotou o entendimento uniforme no sentido de que o roubo de uso constitui crime. No mesmo sentido: Mirabete (2001a, v. 2, p. 236).

2 Cf. artigo publicado no *Phoenix*, n. 21, Órgão Informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, agosto de 2000.

3 Quanto à violência física, consulte os comentários ao crime de roubo.

CAPÍTULO IV – DO DANO

Art. 163 – Dano

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se por meio desse dispositivo legal a propriedade de coisas móveis e imóveis.

2. OBJETO MATERIAL

É a coisa alheia móvel ou imóvel, em cujo conceito se inclui também aquela perdida pelo dono. Não há o crime, no entanto, se a coisa for abandonada, pois não mais é alheia. Conforme Mirabete (2001a, v. 2, p. 271):

> É necessário que a coisa tenha valor econômico e, assim, quebrar simples pedaços de vidro de janela não basta à configuração do crime (*JTACrimSP* 49/389). Já se tem aplicado o princípio da insignificância, que exclui a tipicidade, em hipótese de prisioneiro que serra a grade do xadrez em uma tentativa frustrada de fuga, fato esse que não acarreta lesão significante do bem público (*RJTACrimSP* 9/75-76).

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ações nucleares

A ação nuclear do tipo consubstancia-se nos verbos:

a) "Destruir": significa demolir, desmanchar, exterminar, desfazer a própria coisa, de modo que ela perca a sua essência. Só ocorre quando houver perda da identidade da coisa (por exemplo, quebrar a bicicleta, romper a vidraça etc.).

b) "Inutilizar": significa tornar inútil, inservível, de modo que a coisa não perca sua individualidade, mas torne-se, total ou parcialmente, inadequada à sua finalidade. Ocorre quando a coisa se torna inapta para o fim a que se destina (por exemplo, quebrar um revólver etc.).

c) "Deteriorar": quando há redução do valor da coisa (por exemplo, alterar uma obra de arte sem destruí-la, tirar os ponteiros de um relógio etc.). Fazer desaparecer a coisa móvel (por exemplo, soltar um animal na floresta) é fato atípico para toda a doutrina, exceto para Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 105), que equipara essa conduta ao dano. É, contudo, fato típico no CPM (art. 259).

O tipo penal contém um elemento normativo consubstanciado na expressão *coisa alheia*.

Por ser um crime subsidiário, só haverá crime de dano quando o fato constituir um fim em si mesmo; se for meio para outro crime, perde sua autonomia e passa a ser elemento de crime complexo ou progressivo, como quebrar o vidro da janela para furtar objetos no interior do imóvel (configura

furto qualificado).

3.2. Sujeito ativo

É aquele que destrói, inutiliza ou deteriora coisa alheia; pode ser qualquer pessoa física, exceto o proprietário, uma vez que o tipo penal exige que a coisa seja alheia (elemento normativo do tipo). Caso o autor da conduta danosa seja o proprietário, estará configurada a figura típica prevista no art. 346 do CP (subtração ou dano de coisa própria em poder de terceiro). O condômino da coisa comum também poderá ser sujeito ativo desse crime, caso o prejuízo exceda o valor de sua cota-parte e desde que se trate de bem infungível (*RT* 453/433).

3.3. Sujeito passivo

Em regra, o dono ou proprietário do objeto danificado. Excepcionalmente, porém, o possuidor.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade de praticar uma das condutas previstas no tipo penal. Discute-se acerca da exigência ou não do elemento subjetivo do tipo consubstanciado na vontade de causar o prejuízo (*animus nocendi*) para a configuração do crime. Há duas correntes:

a) Para Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 108), é indispensável o *animus nocendi*.

b) Para Damásio de Jesus (2000a, p. 589) e Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 309), basta a vontade de destruir, não sendo exigível o fim especial de causar prejuízo ao ofendido. Entendemos correta a segunda posição, pois a lei não exige nenhum fim especial por parte do agente.

O crime de dano só é punido a título de dolo, ou seja, quando presentes a consciência e a vontade de destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia. Para aqueles que exigem o propósito de prejudicar, não configura o crime de dano a conduta do preso que danifica as grades para fugir (*JTACrimSP* 76/22, 75/198). Em sentido contrário, já se pronunciou o STF:

> Comete crime de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III, do CP) o preso que, para evadir-se, danifica o estabelecimento prisional. O dolo específico – vontade dirigida a causar dano em coisa alheia – não é indispensável à caracterização do delito (HC 73.189/MS, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 29-3-1996).

O dano culposo, em nosso ordenamento jurídico, não ultrapassa a órbita do ilícito civil, exceto perante o Código Penal Militar, em que é considerado crime. O que distingue o crime de dano dos demais crimes contra o patrimônio é que

nele a ofensa é dirigida contra o direito de propriedade, objetivando apenas prejudicar o legítimo dono, sem o intuito de vantagem econômico-financeira.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime material. Consuma-se com o dano efetivo ao objeto material, total ou parcialmente. A prova pericial é indispensável para comprovação do dano, não suprimindo a prova testemunhal nem a confissão.

6. TENTATIVA

É possível no crime plurissubsistente. Por exemplo: atirar objeto ao fogo que, antes de se deteriorar, é dele retirado. Em decisão inovadora, admitiu-se a extinção da punibilidade do crime de dano praticado contra Prefeitura, pelo ressarcimento do dano de pequeno valor, antes da denúncia (STF, *RT* 555/445; contra: TACrimSP, *JTACrimSP* 91/351).

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 163 do CP.

7.2. Qualificada

Está prevista no parágrafo único e incisos do art. 163:

- Dano praticado com violência ou grave ameaça à pessoa (inciso I): tal delito somente se aperfeiçoa quando violência à pessoa ou grave ameaça são empregadas com o intuito de viabilizar a concretização dos danos, ou seja, antes ou durante a execução do crime. Se o dano se consumou sem violência à pessoa, mas posteriormente há emprego de violência contra a vítima, haverá dano simples em concurso material com lesão corporal. O sujeito ativo pode valer-se desses meios de execução não somente contra o titular da propriedade, mas também contra terceira pessoa a este ligada. Bastam as vias de fato para caracterizar-se a violência. Segundo o disposto no parágrafo único, a pena será de detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Cuida-se aqui, portanto, de concurso material entre o crime de dano qualificado pela violência ou grave ameaça e o crime de lesões corporais (leves, graves ou gravíssimas).
- Uso de substância inflamável ou explosiva (inc. II): qualifica o dano, se o fato não constitui crime mais grave (arts. 250 ou 251 do CP). Se o incêndio provocado não ocasionar perigo comum, tipificar-se-á o delito de dano qualificado. É uma hipótese de subsidiariedade explícita, pois a lei expressamente a menciona.

- Dano contra o patrimônio da União, do Estado, do Município e de empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista (inc. III): a expressão “patrimônio”, nesse dispositivo, deve ser considerada de maneira ampla, englobando até mesmo os bens de uso comum do povo e os de uso especial. Exemplos: telefone público, bancos de praça etc. A locação ou cessão de prédio a órgão da Administração Pública não tem o condão de tornar público esse bem. Trata-se, no caso, de bem particular. Os bens particulares alugados pelo Poder Público estão excluídos da tutela do art. 163 do CP (*RT* 573/377). Quanto ao preso que danifica a cela para fugir, veja tópico 4, “Elemento Subjetivo”.
- Dano causado por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (inc. IV). Motivo egoístico: o dano produzido por vingança não pode ser considerado qualificado (*JTACrimSP* 46/353). O motivo é egoístico quando se liga ao desejo ou expectativa de obter um interesse posterior, seja este de ordem moral ou econômica. Prejuízo considerável para a vítima: o sujeito ativo deve praticar o fato com intenção de causar prejuízo à vítima. O prejuízo que qualifica o dano deve ser aferido em relação à situação econômica do ofendido (*RT* 667/301). A ação penal, nesse inciso, é privada (art. 167 do CP).

8. AÇÃO PENAL

a) Ação penal privada: *caput* e inciso IV do parágrafo único.

b) Ação penal pública incondicionada: nas demais hipóteses, art. 167 do CP.

Se, por ocasião da sentença, o juiz entende que o dano era simples e não qualificado, deve absolver (*JTACrimSP* 96/144) ou anular a ação pública para que a privada seja intentada, salvo decadência; não pode condenar por dano simples em ação penal pública (*JTACrimSP* 91/344 e 80/505) (DELMANTO et al., 2000, p. 344).

c) Concurso entre crime de ação penal pública e crime de ação penal privada: se houver concurso de uma forma de dano de ação pública com outra de ação privada do ofendido, deverá formar-se o litisconsórcio ativo entre o Ministério Público e a vítima, esta oferecendo queixa-crime e aquele formulando denúncia.

9. OUTRAS CONDUTAS TÍPICAS DANOSAS

- Danificar sepultura subsume-se na norma do art. 210 e não na do art. 163 do CP.
- Quando o dano incide em documento público ou particular, em benefício próprio ou alheio ou em prejuízo de terceiro, o crime será o do art. 305 do CP.
- Em caso de dano às coisas destinadas ao culto religioso, o crime será o

descrito no art. 208 do CP.

A Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências, passou a prever as seguintes condutas danosas:

> Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:
>
> I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;
>
> II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:
>
> Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.
>
> Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:
>
> Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.
>
> Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.

CAPÍTULO V – DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Art. 168 – Apropriação indébita

1. OBJETO JURÍDICO

Assim como nos demais delitos contra o patrimônio, tutela-se aqui o direito à propriedade.

2. OBJETO MATERIAL

Assim como no delito de furto, somente a coisa móvel pode ser objeto material do crime em tela (veja comentários ao crime de furto). Questão: o dinheiro pode ser apropriado? Segundo o art. 85 do CC,

> são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Conforme lembra Damásio de Jesus (2000a, p. 599):

> As coisas fungíveis dadas em depósito ou em empréstimo, com obrigação de restituição da mesma espécie, qualidade e quantidade, não podem ser objeto material de apropriação indébita. Nesses casos, há transferência de domínio, de acordo com os arts. 645 e 586 do novel Diploma, que tratam, respectivamente, do depósito irregular e do mútuo. É por isso que não existe crime de apropriação indébita, uma vez que o tipo penal exige que a coisa seja alheia.

Na hipótese em que, entretanto, o bem fungível (no caso, o dinheiro) é confiado a alguém pelo proprietário, para ser entregue a terceiro, como no caso do caixeiro-viajante ou de algum cobrador, pode ocorrer a apropriação indébita.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo consubstancia-se no verbo “apropriar-se”, que significa fazer sua a coisa de outrem, mudar o título da posse ou detenção desvigiada, comportando-se como se fosse dono. O agente tem legitimamente a posse ou a detenção da coisa, a qual é transferida pelo proprietário, mas, em momento posterior, ele inverte esse título, passando a agir como se fosse dono. Nesse momento configura-se a apropriação indébita. Veja-se: há lícita transferência da posse ou detenção do bem para o agente pelo proprietário. Até aqui nenhum crime ocorre. O agente, por sua vez, estando de boa-fé, recebe o bem sem a intenção de apoderar-se dele. A inversão de ânimo somente ocorre em momento posterior. Não pode haver o emprego de violência ou fraude por parte do agente para conseguir a posse ou a detenção do objeto, do contrário outros crimes configurar-se-ão (estelionato, roubo, furto etc.). Se o agente aluga determinado bem com a intenção de apropriar-se dele, utilizando o contrato como artifício para induzir a vítima em erro, haverá, assim, o crime de

estelionato.

Vejamos em que consistem a posse e a detenção:

- Posse: veja art. 1.196 do CC. Cuida-se aqui da posse direta exercida pelo locatário, usufrutuário ou mandatário, ou seja, é a posse exercida pelo indivíduo em nome de outrem. O exercício da posse nesse caso é desvigiado. Por exemplo, indivíduo que aluga um automóvel com o fim de fazer turismo pela cidade, mas, posteriormente, resolve apoderar-se dele e não mais o devolve. O indivíduo não cometeu crime de furto, uma vez que a posse direta do bem lhe foi entregue licitamente. Ele não subtraiu o bem, a sua retirada não foi clandestina, contudo passou a dispor dele como se fosse dono.
- Detenção: veja arts. 1.198 e 1.208 do CC. A detenção sobre o bem pode ser vigiada ou desvigiada. Segundo Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 131):

> Somente na última hipótese é que pode haver apropriação indébita, pois, na primeira, inexistindo o *livre* poder de fato sobre a coisa (não passando o detentor de um *instrumento* do *dominus* a atuar sob as vistas deste), o que pode haver é *furto*.

Exemplos citados pelo autor:

> Caixeiro-viajante que se apropria de objetos do mostruário recebido do patrão comete apropriação indébita qualificada, mas o *caixeiro sedentário* que se apropria de objetos tirados à prateleira ou do dinheiro recebido no balcão, iludindo a custódia do patrão, é réu de furto.

A apropriação da coisa alheia pode se dar de diversas maneiras:

- Consumindo a coisa: “A” entrega a “B” prato de alimento para levar a “C”, e “B” ingere-o no caminho.
- Alterando a coisa: o ourives que funde um tipo de ouro de menor valia do que aquele que lhe foi entregue para confecção de uma joia.
- Retendo a coisa: o agente não devolve o objeto ou não lhe dá o destino conveniente, para o qual o recebeu.
- Ocultando o objeto: o agente afirma que não recebeu a coisa.

3.2. Elemento normativo do tipo

É necessário que a coisa móvel seja “alheia”.

3.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa que tenha a posse ou detenha licitamente a coisa. Se for funcionário público, comete peculato (art. 312 do CP).

3.4. Sujeito passivo

É pessoa física ou jurídica, titular do direito patrimonial diretamente atingido pela ação criminosa, ou seja, aquele que experimenta o prejuízo, que pode ser

diverso daquele que entregou ou confiou a coisa ao agente.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de apropriar-
-se da coisa alheia móvel, o propósito de assenhorear-se dela definitivamente, ou seja, de não restituir, agindo como se fosse dono. É o denominado *animus rem sibi habendi*. Para autores como Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 334-335; MIRABETE, 2001a, v. 2, p. 285; em sentido contrário: HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 138), além do dolo genérico, o tipo penal exige o dolo específico (elemento subjetivo do tipo) consistente na vontade de conseguir proveito para si ou para outrem, pois do contrário outro crime configurar-se-á, assim, "quem retém um objeto, a que julga ter direito, ao invés de recorrer à justiça, pode cometer exercício arbitrário das próprias razões, mas não pratica apropriação indébita".

É preciso reforçar que o dolo de apropriar-se da coisa não pode anteceder a posse ou detenção dela pelo agente. Nesse instante, deve estar presente a boa-fé do agente. Do contrário, poderá configurar-se o crime de estelionato em virtude de a vítima ter sido induzida em erro. A má-fé do agente deve, assim, ser subsequente à posse ou detenção da coisa para que se configure a apropriação indébita.

A apropriação indébita para uso configura o crime em questão? Segundo a doutrina, não se configura o crime em estudo se, por exemplo, o depositário de um automóvel se serve dele para um simples passeio (veja exemplo citado por HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 137). No caso, está presente a intenção de restituir a coisa e não a de se apropriar dela definitivamente.

Não há previsão da modalidade culposa do crime de apropriação indébita.

5. CONSUMAÇÃO

Trata-se de crime material. Consuma-se o crime no momento em que o agente transforma a posse ou a detenção sobre o objeto em domínio, ou seja, quando passa a agir como se fosse dono da coisa. A inversão de ânimo é demonstrada pela própria conduta do agente, que passa a adotar comportamentos incompatíveis com a mera posse ou detenção da coisa.

Apropriação indébita propriamente dita: consuma-se com o ato de disposição. Só admite a modalidade comissiva (alienar, doar ou locar a coisa que foi dada ao agente em depósito).

Apropriação indébita – negativa de restituição: consuma-se com a recusa na devolução do objeto material. Admite a forma omissiva. A não restituição, em tese, configura o delito, mas só quando já houver vencido o prazo para a

devolução. Questão: e se não houver prazo para tal? O vencimento do prazo passa a ficar na dependência de prévia interpelação, notificação ou protesto por parte da vítima, muito embora tais medidas não sejam indispensáveis à configuração do crime. É que, antes da interpelação judicial, pode o agente ter alienado a coisa a terceiro, não se vendo razão para aquela medida preliminar. Vale dizer que qualquer tipo de interpelação, judicial ou extrajudicial, sem forma solene, mas apta a caracterizar a intenção de receber a coisa de volta, dá margem ao surgimento do crime. Do mesmo modo, não se exige a prévia prestação de contas para o exercício da ação penal, a não ser em determinadas situações: compensação de créditos, mandato, gestão de negócios.

Ressarcimento do prejuízo antes do oferecimento da denúncia – efeitos: em que pese a divergência na jurisprudência no tocante à exclusão ou não da tipicidade penal na hipótese em que o agente repara o prejuízo antes do oferecimento da denúncia, entendemos que incide a regra do art. 16 do CP (arrependimento posterior), que constitui causa geral de diminuição de pena. Na hipótese, não podemos falar em exclusão da tipicidade, uma vez que no momento em que o prejuízo foi ressarcido o crime já se havia consumado. O dolo de apropriar-se da coisa não desaparece com o mero ressarcimento posterior do dano. Acordos e avenças posteriores não podem, assim, dar o caráter de licitude a um fato delituoso. Nesse sentido, já decidiram o STF e o STJ.

6. TENTATIVA

É possível no caso de apropriação indébita propriamente dita; na hipótese de negativa de restituição, não se admite tal possibilidade.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 168 do CP.

7.2. Causas de aumento de pena

Estão previstas no § 1º (na realidade, houve erro do legislador, pois se trata de parágrafo único, uma vez que não existe qualquer outro). A pena é aumentada de um terço nas hipóteses a seguir.

7.2.1. *Depósito necessário (inc. I)*

É considerado depósito necessário, segundo o art. 647 do CC: aquele que se faz no desempenho de obrigação legal (*inc. I – depósito legal*); o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio

ou o saque (*inc. II – depósito miserável*). O art. 649 do CC, por sua vez, equipara o depósito necessário das bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem (*depósito por equiparação*). Há grande divergência doutrinária no tocante à abrangência dessa causa de aumento de pena. Vejamos:

- O dispositivo abrange apenas o depósito miserável. Não está incluído o depósito legal, pois o depositário legal é sempre funcionário público que recebe a coisa em razão do cargo e, portanto, comete o crime de peculato. O depósito por equiparação também não é compreendido no inciso I, devendo, no caso, o agente responder pelo art. 168, § 1º, III. Nesse sentido: Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 147-148).
- O dispositivo compreende o depósito legal, o miserável e o por equiparação. Nesse sentido: Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 339-340), contudo "se o hoteleiro ou estalajadeiro não incidir neste inciso, incidirá no inc. III, por haver cometido o crime em razão de profissão".

Tratando-se de depósito necessário legal, duas hipóteses podem ocorrer. Se o sujeito ativo é funcionário público, responde pelo delito de peculato (CP, art. 312). Se o sujeito ativo é um particular, responde por apropriação indébita qualificada, nos termos do art. 168, § 1º, II, última figura (depositário judicial). Assim, não se aplica a disposição do n. I. Tratando-se de depósito necessário por equiparação, não aplicamos a qualificadora do "depósito necessário", mas sim a do n. III, do parágrafo primeiro (coisa recebida em razão de profissão). O § 1º, I, quando fala em depósito necessário, abrange exclusivamente o depósito necessário miserável (JESUS, 2000a, p. 602).

7.2.2. *Apropriação indébita qualificada pela qualidade pessoal do autor (inc. II)*

A enumeração legal é taxativa e não abrange, por conseguinte, pessoa que desempenhe função diversa das mencionadas expressamente. São elas:

- tutor: pessoa que rege o menor e seus bens;
- curador: aquele que dirige a pessoa e os bens de maiores incapazes;
- síndico: atualmente, a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária –, prevê a figura do administrador judicial, tendo abolido a figura do síndico da massa falida;
- inventariante: administra o espólio até a partilha;
- testamenteiro: cumpre as disposições de última vontade do *de cujus*;
- depositário judicial: é a pessoa nomeada pelo Juiz com a incumbência de guardar objetos até decisão judicial. Exclui-se, no caso, o funcionário público em sentido estrito, pois ele comete o crime de peculato. A Lei de Falências aboliu a figura do liquidatário.

7.2.3. *Coisa recebida em razão de ofício, emprego ou profissão (inc. III)*

Para que se configure a agravante especial em exame, é necessário que o sujeito tenha recebido a posse ou a detenção do objeto material em razão do emprego, ou seja, deve existir um nexo de causalidade entre a relação de trabalho e o recebimento. *Ofício* é a atividade, com fim de lucro, habitual e consistente em arte mecânica ou manual (ourives, sapateiro etc.). *Emprego* é a ocupação em serviço particular em que haja relação de subordinação e dependência (empregada doméstica, operário de fábrica etc.). Exige-se a justificável confiança da vítima. *Profissão* é a atividade habitual remunerada de caráter intelectual (médico, advogado etc.).

7.3. Privilegiada

Está prevista no art. 170 c.c. o art. 155, § 2º, do CP.

Requisitos:

- que o criminoso seja primário;
- que a coisa seja de pequeno valor.

Presentes as circunstâncias legais, o Juiz está obrigado a reduzir a pena de reclusão de um terço a dois terços ou substituí-la por detenção, ou aplicar apenas a multa.

7.4. Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)

Cuidava o art. 95, *d*, da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, dos crimes contra a Previdência Social, contudo, com o advento do art. 1º da Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, esse crime foi revogado, tendo sido criado um novo tipo penal, que foi inserido no art. 168-A do CP, cujo teor é o seguinte:

> Deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O § 1º do art. 168-A, I a III, prevê outros tipos penais assemelhados. O § 2º, por sua vez, prevê uma causa especial de extinção da punibilidade:

> [...] se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importância ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

A referida lei também inovou ao criar expressamente o benefício do perdão judicial aplicável às contribuições previdenciárias. Dessa feita, o § 3º do art. 168-A prevê:

> É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:
>
> I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da

contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

7.5. Lei n. 10.684/2003 (Parcelamento Especial) e crimes previdenciários

Com a entrada em vigor da Lei do PAES (art. 9º da Lei n. 10.684/2003), passou-se a autorizar o pagamento ou parcelamento da dívida tributária a qualquer tempo, inclusive em grau recursal, sem a limitação de marcos temporais (recebimento da denúncia ou início da ação fiscal). Nesse sentido: Heloisa Estellita (2003, p. 2) e o STF (1ª T., HC 81.929-0/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16-12-2003, *DJU* de 27-2-2004), embora a Procuradoria-Geral da República tenha ingressado com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 3002) em relação ao art. 9º da Lei n. 10.684/2003, cuja liminar, no entanto, foi indeferida.

Restava saber se isso poderia ser estendido às dívidas com a Previdência. Defendia-se que o parcelamento da dívida previdenciária não seria possível, ficando, desde logo, afastada essa possibilidade de extinção da punibilidade. Isso porque a Lei n. 10.684 não autorizaria o parcelamento dos débitos com o INSS, quando provenientes de contribuições sociais devidas pelo empregado, descontadas e recolhidas pelo empregador. Estando proibido o parcelamento, não haveria como obter-se a extinção da punibilidade por esse meio. Nesse sentido, mais uma vez, Heloisa Estellita (2003, p. 2):

a aplicação da nova disciplina jurídica do parcelamento está afastada, mas note-se que não por óbice oriundo da disciplina penal, mas, sim, da própria disciplina tributária que vedou o parcelamento desses débitos.

No mesmo sentido:

1. É vedada a inclusão de débitos relativos a contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não repassadas ao INSS no parcelamento previsto na Lei n. 10.684/03. Precedentes. 2. Recurso especial a que se nega provimento (STJ, REsp 799.205/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 21-3-2006, *DJU* de 3-4-2006, p. 286).

Em sentido contrário:

As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta defere a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o art. 9º, § 2º, da citada Lei n. 10.684/2003. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade referente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbem: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado art. 9º. O paciente obteve o

parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo, portanto, *lex mitior*, cuja retroação deve operar-se por força do art. 5º, XL, da Constituição do Brasil. Ordem deferida. Extensão a paciente que se encontra em situação idêntica (STF, 1ª T., HC 85.452/SP, rel. Min. Eros Grau, j. em 17-5-2005, *DJU* de 3-6-2005, p. 45).

Mencione-se que, de qualquer forma, o pagamento integral não estava vedado, de modo que nada impedia a extinção da punibilidade por essa via, na hipótese da apropriação previdenciária, ainda que efetuado após o início da ação fiscal.

7.6. Parcelamento do débito previdenciário e a Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011

No tocante ao parcelamento e pagamento do débito tributário e seus efeitos na esfera penal, a Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, acabou por propiciar contornos mais rígidos à matéria. A partir de agora, somente se admitirá a extinção da punibilidade se o pedido de parcelamento de créditos oriundos de tributos e seus acessórios for formalizado anteriormente ao recebimento da denúncia criminal (cf. nova redação determinada ao art. 83, § 2º, da Lei n. 9.430/96). Antes, no regime da Lei n. 10.684/2003, que instituiu o parcelamento especial (PAES), a qualquer tempo o contribuinte poderia realizar o pedido de parcelamento (inquérito, fase processual ou fase recursal), momento em que se operava a suspensão da pretensão punitiva estatal e da prescrição, até o pagamento integral do débito, quando então sucedia a extinção da punibilidade do agente. Agora, a partir do novo regime legal, só mesmo até antes do recebimento da denúncia o pedido de parcelamento surtirá efeitos na esfera criminal (suspensão da pretensão punitiva e suspensão da prescrição), com a consequente extinção da punibilidade pelo pagamento integral (art. 83, § 4º). Note-se, ainda, que, de acordo com a nova redação do art. 83, § 1º, da Lei n. 9.430/96, na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. E, de acordo com a nova redação do § 6º do artigo citado, “as disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz”, isto é, o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, até o recebimento da denúncia extinguirá a punibilidade (Lei n. 9.249/95, art. 34)[1]. O novo Diploma legal acabou por alargar a pretensão punitiva estatal, na medida em que, se antes não havia

qualquer marco temporal para formular o pedido de parcelamento, a fim de trazer os benefícios da extinção da punibilidade pelo pagamento na esfera criminal, agora, só poderá ser postulado até antes do recebimento da denúncia. Por essa razão, trata-se de *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor. Finalmente, faz-se mister mencionar que a nova disciplina traz consigo uma grave mácula relativa ao seu procedimento legislativo, pois veiculou num mesmo texto legislativo matéria atinente a salário mínimo e crimes tributários, portanto, objetos completamente diversos, com explícita ofensa à Lei Complementar n. 95/98, a qual prescreve em seu art. 7º que cada norma tratará de um único objeto e não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

8. DISTINÇÕES

a) Apropriação indébita e estelionato: na apropriação indébita a coisa é entregue livremente ao agente. Ele não emprega qualquer artifício para obter a posse ou a detenção da coisa. Não há o emprego de fraude iludente da vontade do proprietário. A posse e a detenção são obtidas licitamente. No estelionato, o agente emprega artifícios que induzem a vítima em erro. Esta lhe entrega o bem, sem saber que está sendo enganada. A posse ou a detenção pelo agente é ilícita. Na apropriação indébita, o agente não age com dolo *ab initio*, ou seja, não há vontade de se assenhorear da coisa definitivamente. A inversão de ânimo somente ocorre em momento posterior, ou seja, após obter a detenção ou a posse da coisa. O dolo, no crime de apropriação indébita, é, assim, sempre posterior ao recebimento da coisa (*dolus subsequens*), vale dizer, o sujeito ativo inicialmente tem a posse ou a detenção da coisa alheia móvel e, em seguida, dela resolve se apropriar ilicitamente. No estelionato, ao contrário, o agente age com dolo *ab initio*, desde o princípio tem a intenção de apoderar-se definitivamente da *res*. A posse ou a detenção da coisa desde o início é ilícita. Se me comprometo a ficar como depositário de um automóvel e com o passar do tempo resolvo vendê-lo, cometo, assim, o crime de apropriação indébita. Se, contudo, me comprometo a ficar como depositário daquele bem, visando desde o início a que esse poder sobre a coisa me proporcione a sua venda, cometo o crime de estelionato.

b) Apropriação indébita e furto: se a detenção for vigiada, haverá furto. Se for desvigiada, ocorrerá apropriação indébita; o seu exercício não é controlado pelo proprietário, logo sempre admite a apropriação indébita. Para melhor compreensão do tema, veja o tópico 3, “Elementos do Tipo e Sujeitos do Crime”.

c) Apropriação indébita e peculato-apropriação: trata-se da apropriação indébita cometida por funcionário público em razão do ofício.

d) Reparação do dano durante o processo: trata-se de atenuante genérica, nos moldes do art. 65, III, *b*, do CP.

9. COMPETÊNCIA E AÇÃO PENAL

A competência no crime de apropriação indébita é a do lugar em que o agente converte em proveito próprio a coisa que deveria restituir.

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

1 O marco temporal do art. 34 da Lei n. 9.249/95 relaciona-se ao pagamento total do débito tributário. O § 2º do art. 83 da Lei n. 9.430/96 diz respeito ao pedido de parcelamento.

CAPÍTULO VI – DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

Art. 171 – Estelionato

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a inviolabilidade do patrimônio.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear – meios executórios

Podemos conceituar o estelionato como o ato de induzir ou manter alguém em erro, mediante o emprego de artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento, para obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio. Trata-se de crime em que não há o emprego nem de violência, nem de grave ameaça, mas apenas da inteligência do agente. No ato de induzir, o agente leva a vítima a ter uma errônea percepção dos fatos; no ato de manter, o agente não cria esse estado de erro, mas, ao perceber que a vítima nele incorreu, utiliza-se de manobras para assim a manter. A indução ou mantença opera-se por:

- artifício: significa fraude no sentido material. Segundo Mirabete (2001a, v. 2, p. 301):

  > O artifício existe quando o agente se utiliza de um aparato que modifica, ao menos aparentemente, o aspecto material da coisa, figurando entre esses meios o documento falso ou outra falsificação qualquer, o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, filmes, efeitos de luz etc.;

- ardil: é a fraude no sentido imaterial, intelectualizada, dirigindo-se à inteligência da vítima e objetivando excitar nela uma paixão, emoção ou convicção pela criação de uma motivação ilusória;
- qualquer outro meio fraudulento: embora compreenda o artifício e o ardil (o que torna a distinção sem importância prática, pois que regem os mesmos efeitos), significa outros comportamentos não compreendidos nesses, como o silêncio, a reticência maliciosa etc.

Seja qual for o meio empregado, só haverá o crime de estelionato quando aquele for apto a iludir o ofendido. A aferição dessa potencialidade para induzir em erro o ofendido deve ser realizada, segundo a doutrina e a jurisprudência, de acordo com as características pessoais da vítima e o caso concreto. Desde que o meio fraudulento empregado pelo agente seja apto a ilaquear a boa-fé, a inexperiência da vítima, pouco importa que a fraude seja grosseira ou inteligente, pois o mundo do estelionatário comporta gente de variada densidade intelectual. A fraude extremamente grosseira, inapta a iludir qualquer um, no entanto, configura fato atípico. No caso de fraude bilateral (ou torpeza bilateral),

há crime de estelionato? Vejamos o exemplo citado por Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 192): “Um indivíduo, inculcando-se *assassino profissional*, ardilosamente obtém de outro certa quantia para matar um inimigo, sem que jamais tivesse o propósito de executar o crime”. Trata-se de hipótese em que a vítima também se acha de má-fé. Conforme Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 375),

> a esperança de um proveito ilícito, o êxito fácil e ilegal, a avidez de lucro fazem com que ela caia no engodo armado pelo agente. Frequentemente, aliás, seu erro consiste em crer que o agente se presta a um crime que ela crê praticar.

A opinião que prevalece na doutrina é no sentido de que a fraude bilateral configura o crime de estelionato, em que pese a vítima também agir de má-fé (NORONHA, 1994, v. 2, p. 375; MIRABETE, 2001a, v. 2, p. 303; em sentido contrário: HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 192).

O agente emprega meio fraudulento capaz de iludir a vítima com a finalidade de obter vantagem ilícita em prejuízo alheio. Deve a vantagem ser econômica, pois se trata de crime patrimonial. Se ela for lícita, haverá o crime de exercício arbitrário das próprias razões. Concomitantemente à obtenção da vantagem ilícita pelo agente, deve ocorrer prejuízo para a vítima, ou seja, uma perda patrimonial, contudo nada impede que o indivíduo não obtenha a vantagem ilícita, mas cause prejuízo para a vítima. Haverá no caso tentativa do crime.

Dessa feita, temos quatro momentos no crime de estelionato: 1) do emprego da fraude pelo agente; 2) do erro em que incidiu a vítima; 3) da vantagem ilícita obtida pelo agente; 4) do prejuízo sofrido pela vítima.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Vejamos duas hipóteses (GONÇALVES, 1999b, p. 69):

- Um dos agentes induz ou mantém a vítima em erro mediante o emprego de fraude. O outro, de comum acordo, apodera-se do bem, produto do estelionato, ou seja, obtém a vantagem ilícita. Ambos são coautores do crime de estelionato.
- O agente induz ou mantém a vítima em erro mediante o emprego de fraude, com a intenção de obter vantagem ilícita que beneficiará terceiro. Se esse beneficiário induziu ou instigou o agente a praticar o crime, responderá como partícipe do crime de estelionato. Se ele tomou conhecimento da origem criminosa do bem no momento em que recebeu o objeto, responderá por receptação dolosa. Se, contudo, não tinha qualquer conhecimento da origem criminosa do bem, não responderá por qualquer crime.

2.3. Sujeito passivo

É a pessoa enganada, aquela que sofre o prejuízo, porém pode o sujeito passivo, que sofre a lesão patrimonial, ser diverso da pessoa enganada. A pessoa deve ser determinada. O número indeterminado de pessoas caracteriza crime contra a economia popular. Exemplo: balança viciada de um açougue. O enganado deverá ter capacidade para ser iludido, pois, se for louco ou menor, incorrerá o agente no crime de abuso de incapazes (art. 173 do CP) ou no crime de furto (art. 155 do CP).

3. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime material. O crime consuma-se com a obtenção da vantagem ilícita. No tocante à falsificação de cheques para a prática de estelionato, o STJ inclusive editou a Súmula n. 48:

> Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

Consuma-se, portanto, no momento em que o agente aufere a vantagem ilícita.

É pacífico nos Tribunais o entendimento no sentido de que a reparação do dano antes do recebimento da denúncia não afasta o crime de estelionato:

- antes do recebimento da denúncia: constitui causa geral de diminuição de pena (veja art. 16 do CP – arrependimento posterior);
- depois do recebimento da denúncia e antes da sentença: circunstância atenuante genérica (veja art. 65, III, *b*).

4. TENTATIVA

É admissível. Há tentativa se o agente não logra obter a vantagem indevida ou então se, empregando fraude idônea a enganar a vítima, não consegue tal desiderato. Se o meio empregado for totalmente inidôneo a enganar a vítima, haverá crime impossível pela impropriedade do meio empregado.

5. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de realizar a conduta fraudulenta em prejuízo alheio. É necessário, contudo, um fim especial de agir, consistente na vontade de obter a vantagem ilícita para si ou para outrem.

Importa mencionar que simples inadimplemento de compromisso comercial não é suficiente, por si só, para caracterizar o crime. Só há crime quando o dolo haja atuado na formação do contrato.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 171 do CP.

6.2. Privilegiada

Está prevista no § 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, do CP. Difere, contudo, do furto privilegiado, pois neste exige-se que a coisa furtada seja de pequeno valor. No crime de estelionato, exige-se que seja pequeno o valor do prejuízo, o qual deve ser aferido no momento da consumação do crime. A jurisprudência considera pequeno valor do prejuízo aquele que não ultrapassa um salário mínimo. Essa figura criminal aplica-se ao *caput* e ao § 2º do art. 171. Para melhor compreensão do tema, consulte os comentários ao crime de furto privilegiado.

6.3. Formas equiparadas

Estão previstas no § 2º, I a VI. A pena é a mesma da figura penal prevista no *caput*. Façamos uma análise do § 2º, I, V e VI, considerados prioritários em nosso estudo.

6.3.1. *Disposição de coisa alheia como própria (inc. I)*

Nas mesmas penas incorre quem

I – vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria.

a) Objeto material: é a coisa alheia móvel ou imóvel.

b) Sujeito ativo: qualquer pessoa pode praticar o delito em estudo, contudo, se o agente tem a posse ou a detenção da coisa, incorrerá no delito de apropriação indébita.

c) Sujeitos passivos: são o proprietário da coisa e o terceiro de boa-fé que recebe a coisa. Se o terceiro agir de má-fé, incorrerá no delito de receptação.

d) Momento consumativo:

- venda: quando recebe o preço;
- permuta: quando recebe o objeto permutado;
- locação: quando recebe o primeiro aluguel;
- garantia: quando a coisa ou o ato que assegura o pagamento de uma dívida é dado em penhor ou hipoteca.

O rol é taxativo. Dessa forma, segundo entendimento do STF, o verbo “vender” expressa, exclusivamente, a compra e venda, não incluindo o mero compromisso de compra e venda.

A figura do § 2º, I, do art. 171 absorve o falso ideológico da declaração de que o imóvel é do agente, pois se trata de meio necessário para a prática do crime.

6.3.2. *Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (inc. V)*

Nas mesmas penas incorre quem

> 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.

Sabemos que no Direito Penal a autolesão não é punível. No caso em tela, o agente é punido pelo fato de que a autolesão é praticada com o objetivo de se obter vantagem econômica ilícita. A danificação ou a destruição da própria coisa, bem como a autolesão, não são atos ilícitos, exceto quando acarretam prejuízo a terceiro, no caso, o segurador. Pressuposto básico do crime é a existência de contrato de seguro válido e vigente ao tempo da ação.

a) Objeto material: é o preço do seguro pago.

b) Sujeito ativo: é o "segurado" (beneficiário do contrato de seguro). Pergunta-se: existe tal crime quando o agente não é o beneficiário do seguro? Para Damásio de Jesus (2000a, p. 622; no mesmo sentido: DELMANTO et al., 2000, p. 365), é possível que terceiro

> destrua, total ou parcialmente, o objeto material, a mando do proprietário; ou que lesione o corpo do segurado, ou lhe agrave a lesão ou doença preexistente, conhecendo ambos a finalidade da conduta. Os dois respondem pelo subtipo de estelionato pelo concurso de pessoas. Na hipótese de lesão causada no segurado, o terceiro responde por dois crimes: subtipo de estelionato e lesão corporal.

Ressalva Mirabete (1999, p. 315) que,

> caso a lesão ou o dano sejam praticados à revelia do beneficiário, porém, não haverá o crime em apreço, mas o de lesões corporais ou dano e, se o ato levar à locupletação ilícita de alguém, o crime de estelionato descrito no *caput* do art. 171, ainda em concurso formal.

c) Sujeito passivo: o segurador, isto é, o responsável pelo pagamento. O segurado poderá ser vítima desse crime quando terceiro o lesione; a integridade física da pessoa é bem indisponível.

d) Condutas típicas: destruir ou ocultar coisa própria, lesar o corpo ou a saúde, agravar lesão ou doença. Trata-se, como se vê, de crime de ação múltipla; ainda que o agente pratique todas as condutas descritas no tipo, responderá por um só crime, em face do princípio da alternatividade.

e) Momento consumativo: nessa modalidade, o estelionato é um crime formal; consuma-se com a ação física. Desnecessário, portanto, que o agente receba a indenização ou o valor do seguro. Se a vantagem for conseguida, há mero exaurimento do crime. A competência, nesse caso, é a do local da conduta

e não a do local em que o segurado obteve a vantagem ilícita.

f) Tentativa: é possível, pois, em que pese ser um crime formal, é plurissubsistente. Desse modo, se o agente está prestes a colocar fogo em seu veículo e é surpreendido por terceiros, há tentativa do crime em tela.

6.3.3. *Fraude no pagamento por meio de cheque (inc. VI)*

Nas mesmas penas incorre quem "emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento".

a) Ações nucleares:

- Emitir cheque sem suficiência de fundos: nessa conduta, o agente preenche, assina e coloca o cheque em circulação sem ter numerário suficiente na instituição bancária (banco sacado) para cobrir o valor quando da apresentação do título pelo tomador; por exemplo: "A" realiza uma compra na loja "B" e efetua o pagamento com cheque, sem, contudo, ter numerário suficiente no banco "C" para cobrir o valor devido. "B" (beneficiário) apresenta o cheque no banco (sacado) e este é devolvido por insuficiente provisão de fundos.
- Frustrar pagamento de cheque: nessa conduta, o agente possui numerário suficiente na instituição bancária quando da emissão do cheque em favor do beneficiário, contudo, antes de este apresentar o título no banco, o agente saca todo o numerário da conta corrente ou apresenta uma contra ordem de pagamento: "A" emite um cheque em favor de "B" como forma de pagamento de uma compra. "A", contudo, maliciosamente, retira todo o numerário para impedir a compensação do cheque. Em ambas as condutas, é necessário que o agente aja de má-fé. Nesse sentido é a Súmula n. 246 do STF:

> Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.

Importa ressalvar que o encerramento da conta corrente ou sustação dos cheques (alegando o roubo destes), antes da emissão dos títulos, configura o crime de estelionato simples (*caput*), uma vez que a fraude empregada foi anterior à emissão daqueles.

b) Sujeito ativo: qualquer pessoa titular de conta bancária que emita o cheque. A conta deve estar ativa; se o caso for de pagamento com cheque de conta encerrada, teremos o crime de estelionato simples (*caput*). Também este, assim, se configurará se houver a emissão de cheque sem fundos com nome falso.

c) Sujeito passivo: é o tomador, isto é, o beneficiário do cheque, aquele que sofre o prejuízo. A existência de fundos disponíveis é verificada no momento da

apresentação do cheque para pagamento (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.357/85 – Lei do Cheque).

d) Consumação: trata-se de crime material. Dá-se a consumação no momento e no local em que o banco sacado recusa o pagamento, pois somente nesse momento ocorre o prejuízo. Súmula n. 521 do STF:

> 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.

Dessa feita, se o agente se arrepender, antes da apresentação do título pelo beneficiário no banco sacado, e depositar o numerário necessário para cobrir a quantia constante do cheque, ocorrerá a figura do arrependimento eficaz, não respondendo o agente por crime algum. Se, por outro lado, o agente se arrepender somente após a consumação do crime, ou seja, após a recusa do pagamento pelo banco sacado, incidirá a Súmula n. 554 do STF. Vejamos:

> O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

O pagamento do cheque antes do recebimento da denúncia extingue, assim, a punibilidade do agente. Com o advento da Reforma Penal de 1984, a reparação do dano, pelo pagamento do cheque, até o recebimento da denúncia, deveria levar à diminuição de pena variável entre um e dois terços, e não à extinção da punibilidade. É que o art. 16 do CP, com a redação que lhe foi dada, dispôs sobre a figura do arrependimento posterior, que é uma causa obrigatória de redução de pena aplicável a todos os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, sempre que houver a reparação do dano até o recebimento da denúncia. O Pretório Excelso, todavia, reexaminando a questão do pagamento do cheque sem fundos, manteve seu entendimento anterior à Lei n. 7.209/84, firmando-se no seguinte sentido:

> No caso de pagamento antes do recebimento da denúncia, não há arrependimento posterior. Há, isto sim, afastamento da "justa causa" para a propositura da ação penal.

A Súmula n. 554, portanto, fica valendo como uma exceção à regra contida no art. 16 do CP. Se o pagamento ocorrer após o recebimento da denúncia e antes da sentença de 1ª instância, incidirá a atenuante genérica prevista no art. 65, III, *b*, do CP.

e) Tentativa: é possível. Damásio de Jesus (2000a, p. 171) nos apresenta as seguintes hipóteses:

> É admissível na emissão. Exemplo: sustação do pagamento do cheque (TACrimSP, ACrim n. 973.657; *RT* 726/692). Na frustração, é também possível, embora a hipótese só tenha valor doutrinário. É o caso da carta extraviada que contém contraordem de pagamento ou do emitente que é apanhado pelo tomador no momento da retirada da provisão.

f) Elemento subjetivo: é o dolo, consubstanciado na vontade de emitir cheque sem fundos ou de frustrar o seu pagamento. Exige-se que o agente tenha consciência da falta ou insuficiência de provisão de fundos quando da emissão do cheque. Entende Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 416) que o tipo contém dolo específico (elemento subjetivo do tipo) consistente na vontade de lograr vantagem ilícita.

Questões:

- Cheque pós-datado ou pré-datado: segundo a jurisprudência, a emissão antecipada de cheque, para apresentação futura, transforma o cheque em mera garantia de dívida, portanto não configura o crime de estelionato. Verifique-se também que não há, na realidade, o emprego de fraude pelo emitente. O beneficiário, na realidade, tem conhecimento da inexistência ou insuficiência de provisão de fundos. Se ele apresentar o cheque antes da data acordada, não havendo provisão de fundos, o emitente não responderá por crime algum.
- Cheque especial: segundo Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 754), não há a configuração do crime em tela na emissão de cheque com valor acima do limite contratual, pois, de acordo com o autor,

  > habitualmente as agências bancárias têm honrado o pagamento de cheques de clientes especiais mesmo quando ultrapassam os limites contratados. A recusa, nesses casos, é eventual. Essa eventualidade não pode ser decisiva para tipificar criminalmente a conduta do emitente.

- Endosso: o endosso não é considerado nova emissão de cheque, ou seja, a conduta não se enquadra no verbo núcleo do tipo “emitir”. O endossante não pode, assim, ser considerado sujeito ativo do delito previsto no art. 171, § 2º, VI (emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos). O Direito Penal não admite a analogia para o fim de criar um tipo incriminador, logo o endossante poderá responder somente como partícipe do crime em estudo ou pelo crime previsto no art. 171, *caput*. Essa posição doutrinária é sustentada por Damásio de Jesus (2000a, p. 623) e Mirabete (2001a, v. 2, p. 318). Em sentido contrário: Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 248-249) e Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 407), para quem o endosso equivale a nova emissão do cheque.
- Garantia de dívida: segundo a jurisprudência, o cheque dado como garantia de dívida está desvirtuado de sua função própria (ordem de pagamento à vista) e não configura o delito em tela.
- Dívida preexistente: vejamos este exemplo: “A” realiza um contrato de locação com “B”. Este deixa de pagar os aluguéis por vários meses. Ao

realizar um acordo, “B” emite em pagamento um cheque sem provisão de fundos. “B” comete o crime de estelionato na forma em estudo? Entende-se que não, uma vez que a causa direta do prejuízo da vítima foi o descumprimento do contrato de locação por parte do agente e não o pagamento frustrado do cheque por ele emitido.

- Dívida de jogo ilegal: segundo a jurisprudência, não configura o crime em tela a emissão de cheque sem fundos para pagamento de jogo ilegal.
- Prazo de apresentação do cheque para pagamento: o beneficiário do cheque deve apresentá-lo na praça nos prazos previstos no art. 33 da Lei do Cheque: 30 dias (mesmo lugar) ou 60 dias (outro lugar). Se o fizer após o prazo, a emissão do cheque será considerada promessa de pagamento. Se, contudo, ficar provado que a ausência ou insuficiência de fundos era existente quando da emissão do cheque ou que o agente, posteriormente à sua emissão, propositadamente frustrou o seu pagamento, deverá ele responder pelo crime em estudo.

6.4. Causa de aumento de pena

Está prevista no § 3º. A pena é aumentada 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. São entidades de direito público, além da União, Estado, Município e Distrito Federal, as autarquias e entidades paraestatais. Essa causa de aumento de pena incidirá sobre o *caput* e variantes do § 2º.

7. CONCURSO DE CRIMES

Ocorre caso o estelionato seja cometido mediante o uso de documento falso. Há quatro posições na jurisprudência:

a) O estelionato absorve a falsidade, quando esta for o meio fraudulento empregado para a prática do crime-fim, que é o estelionato. O STJ, aliás, editou a Súmula n. 17, cujo teor é o seguinte:

> Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

O mesmo Tribunal editou a Súmula n. 73:

> A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.

b) Há concurso formal.

c) O crime de falso (aqui a falsidade deve ser de documento público, cuja pena é superior à do crime de estelionato) prevalece sobre o estelionato.

d) Há concurso material.

8. DIFERENÇAS

- Entre estelionato e extorsão: está no ânimo da vítima e no modo de atuar do agente. Na extorsão, há o emprego da violência e entrega da coisa sem que a vítima a queira entregar; no estelionato, não há o emprego de violência, mas de fraude, e a vítima, estando iludida, entrega a coisa livremente.
- Entre estelionato e apropriação indébita: veja comentários ao delito de apropriação indébita.
- Entre furto de energia elétrica e estelionato: o furto de energia elétrica ocorrerá se o agente captar a energia antes que ela passe pelo relógio medidor. No caso de consumidor de energia elétrica da empresa concessionária que altera o relógio de medição, haverá estelionato.
- Entre furto mediante fraude e estelionato: o furto com fraude também não se confunde com o estelionato (que é fraude). Naquele há subtração, por exemplo, agente que se faz passar por eletricista e se aproveita para subtrair objetos da casa, sem que a vítima perceba. A fraude, no furto, se destina ao amortecimento da vigilância da *res*. No estelionato, há também o emprego de fraude, mas aqui a própria vítima, enganada, entrega espontaneamente a coisa para o agente, e não há qualquer subtração (agente que se faz passar por técnico em Informática e leva o computador consigo, com o consentimento da vítima, a pretexto de consertá-lo).

9. AÇÃO PENAL

O crime de estelionato é de ação penal pública incondicionada.

CAPÍTULO VII – DA RECEPTAÇÃO

Art. 180 – Receptação

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a inviolabilidade do patrimônio, que é novamente violado com a receptação.

2. OBJETO MATERIAL

É o produto do crime, isto é, a coisa obtida por meio de uma conduta delituosa ou obtida mediante especificação, ou, ainda, mediante alienação. Discute-se na doutrina se o bem imóvel pode ser objeto material do crime em estudo. Há duas posições:

- Segundo Mirabete (2001a, v. 2, p. 355-356):

  A lei não distingue entre coisas móveis e imóveis, nem há razão para se afirmar que é necessário o deslocamento da coisa. O *nomem juris*, por si só, não deve levar à conclusão de que o legislador quis referir-se apenas às coisas móveis, pois fácil seria limitar o dispositivo, como fez em outros tipos penais (arts. 155, 157 etc.). É perfeitamente possível que um imóvel possa ser produto de crime (estelionato, falsidade etc.).

- Segundo Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 304; no mesmo sentido: JESUS, 2000a, p. 653; NORONHA, 1994, v. 2, p. 490; DELMANTO et al., 2000, p. 385):

  Um imóvel não pode ser receptado, pois a receptação pressupõe um deslocamento da *res* do poder de quem legitimamente a detém para o do receptador, de modo a tornar mais difícil a sua recuperação por quem de direito.

O STF já se manifestou nesse sentido. Dessa feita, segundo a doutrina, receptar é o mesmo que “dar esconderijo” e apenas as coisas móveis podem ser ocultadas. As presunções da lei civil, no que toca aos bens imóveis, não produzem efeitos na esfera penal. Exemplo: um navio pode ser objeto material de receptação, em que pese ser um bem imóvel à luz do Direito Civil. Para que um bem seja considerado móvel perante o Direito Penal, basta a possibilidade de seu deslocamento físico.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

As ações nucleares do tipo consubstanciam-se nos verbos “adquirir”, “receber”, “transportar”, “conduzir” ou “ocultar”, em proveito próprio ou alheio, coisa que se sabe ser produto de crime (1ª parte) ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte (2ª parte). Tais condutas veremos mais adiante.

É pressuposto do crime de receptação a existência de crime anterior. Trata-se

de crime acessório, em que o objeto material deve ser produto de crime antecedente, chamado de delito pressuposto. Se o fato antecedente for contravenção, não haverá receptação, tornando-se atípica a conduta. Basta a prova da ocorrência do crime antecedente. Não é necessário comprovar a autoria delitiva. A receptação é punível ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa (art. 180, § 4º, acrescentado pela Lei n. 9.426/96). Embora a receptação seja um crime acessório, guarda autonomia em face do crime antecedente. Para que o sujeito ativo do crime de receptação seja condenado, não é necessário que haja processo penal ou inquérito policial alusivo ao crime antecedente. Basta a certeza quanto à origem ilícita do objeto material. Em face dessa autonomia, a absolvição do autor do crime pressuposto não impede a condenação do receptador, quando o decreto absolutório se tiver fundado nas seguintes hipóteses do art. 386 do CPP, com a redação determinada pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008: estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (inc. IV); não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (inc. V); existir circunstância que isente o réu de pena ou se houver fundada dúvida sobre sua existência (inc. VI); não existir prova suficiente para a condenação (inc. VII). Por outro lado, impede a condenação do receptador a absolvição do autor do crime antecedente por estar provada a inexistência do fato (inc. I); não haver prova da existência do fato criminoso anterior (inc. II); não constituir o fato infração penal (inc. III); existir circunstância que exclua o crime (inc. VI).

Conforme dissemos, a receptação é punível, segundo o § 4º, ainda que isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa, em virtude das causas excludentes da culpabilidade e das escusas absolutórias. No tocante à extinção da punibilidade do crime antecedente, dispõe o art. 108:

> A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este.

Conclui-se que a extinção da punibilidade do crime antecedente não opera efeitos sobre o crime de receptação. Na hipótese em que a punição do crime antecedente depende de representação do ofendido ao Ministério Público ou de queixa-crime, o não oferecimento destas não impede o reconhecimento do crime de receptação (HUNGRIA, 1958a, v. 6, p. 322).

Aplica-se o § 4º tanto à receptação dolosa quanto à culposa.

3.1. Ações nucleares

a) Receptação dolosa própria (*caput*, 1ª parte): prevê a primeira parte do

caput do delito em estudo:

> Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime (...)

As ações nucleares consubstanciam-se nos seguintes verbos:

- Adquirir: consiste na obtenção do domínio da coisa de maneira onerosa (compra de um automóvel) ou gratuita (recebimento de uma doação).
- Receber: diz respeito a qualquer forma de obtenção da posse da coisa produto de crime. Aqui não há transferência da propriedade.
- Transportar: é o deslocamento da coisa de um local para outro.
- Conduzir: significa dirigir, no caso, qualquer meio de transporte (automóvel, caminhão, bicicleta, que seja produto de crime).
- Ocultar: significa esconder, colocar em esconderijo, de modo a não se encontrar o produto do crime.

Nas modalidades transportar, conduzir e ocultar, o crime é permanente.

b) Receptação dolosa imprópria (*caput*, 2ª parte): prevê a segunda parte do *caput* do delito em estudo "influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte". Nessa hipótese, o agente estimula terceiro de boa-fé a adquirir, receber ou ocultar coisa proveniente de crime. O influenciador jamais poderá ser aquele que praticou o crime antecedente, pois nessa hipótese ele responderá apenas pelo crime anterior, jamais pela receptação imprópria. Aquele que subtrai e convence terceiro a adquirir o produto do crime somente responderá, assim, pelo furto, sendo o fato posterior impunível.

É necessário que o terceiro influenciado esteja de boa-fé; se estiver de má-fé, será receptador próprio, e o influenciador será partícipe do fato descrito na 1ª parte do *caput*.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa, salvo o autor, coautor ou partícipe do delito antecedente, poderá praticar o delito em estudo. Aquele que subtrai um bem e depois o vende não comete, assim, o delito de receptação imprópria. Se o agente, de qualquer forma, colaborou para a prática do crime antecedente (instigação, induzimento ou auxílio), haverá o concurso de pessoas no delito antecedente: indivíduo convence outrem a roubar mercadorias de uma loja e posteriormente as recebe para efetuar a venda. É óbvio que no caso há participação no crime de roubo e não no crime de receptação.

O proprietário do bem pode ser receptador? Sim. A doutrina costuma citar o seguinte exemplo: o bem "se acha na posse do credor pignoratício, e, furtado por

terceiro, é receptado pelo proprietário. Nesta hipótese, este recebe, adquire ou oculta coisa *produto de crime* (furto), praticado contra o legítimo possuidor" (NORONHA, 1994, v. 2, p. 486).

O advogado, ao receber dinheiro ou coisa que sabe ser produto de crime, a título de honorários advocatícios, pode ser autor do delito de receptação? Sim, pode. Segundo Mirabete (2001a, v. 2, p. 354): "Tratando-se de pagamento em dinheiro, além do conhecimento da origem ilícita, é necessário que fique positivado que o cliente não tinha condições de saldar a obrigação de outra forma, sabendo disso o profissional".

É possível a receptação da receptação? É possível, contudo é necessário que a coisa conserve sempre seu caráter delituoso; se a coisa é adquirida por terceiro de boa-fé que a transmite a outro, não há, assim, receptação deste, mesmo que saiba que a coisa provém de crime. Esse é o entendimento de Nélson Hungria (1958a, v. 6, p. 305) e Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 487). Em sentido contrário: Victor Eduardo Rios Gonçalves (1999b, p. 93), para quem respondem pelo crime todos aqueles que, nas sucessivas negociações envolvendo o objeto, tenham ciência da origem espúria do bem.

3.3. Sujeito passivo

É a vítima do crime antecedente, ou seja, o titular do interesse, do bem jurídico atingido pelo delito pressuposto.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar a coisa, ou de influir para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte. O tipo penal exige expressamente o dolo direto. Somente haverá o enquadramento no *caput* do artigo se o agente souber, tiver certeza de que a coisa provém de prática criminosa anterior. Não basta o dolo eventual. Se assim agir, o fato será enquadrado na modalidade culposa do crime. Exige-se também um fim especial de agir, encontrado na expressão "em proveito próprio ou alheio", ou seja, o intuito de obter vantagem para si ou para terceiro. Se o ocultamento da coisa for realizado com o fim de favorecer o autor do crime antecedente, haverá o crime de favorecimento real.

E se o dolo for posterior (dolo subsequente) *ao recebimento do objeto?* Na hipótese em que o agente recebe o objeto e posteriormente vem tomar conhecimento de que se trata de produto de crime, não há a configuração do crime em tela, segundo Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 493). No mesmo sentido: Jesus (2000a, p. 655); Mirabete (2001a, v. 2, p. 356); em sentido

contrário, Hungria (1958a, v. 6, p. 306-307): a ciência de que se trata de produto de crime deve ser anterior ou, pelo menos, contemporânea à ação de adquirir, receber, ocultar. Poderá suceder que o agente, após receber o objeto e tomando conhecimento de sua origem ilícita, venha a ocultá-lo ou a influir para que terceiro o adquira, receba ou oculte. Nessa hipótese, diante da prática de uma nova ação haverá o crime em tela.

5. MOMENTO CONSUMATIVO

Na receptação própria, o crime é material. A consumação ocorre quando o agente realiza uma das condutas típicas. Na receptação imprópria, o crime é formal. Basta o simples ato de "influenciar", não sendo necessário que o terceiro de boa-fé efetivamente adquira, receba ou oculte a coisa produto de crime.

6. TENTATIVA

Na receptação própria, admite-se a tentativa, pois se trata de crime plurissubsistente. Na receptação imprópria, ela é inadmissível, pois o crime é unissubsistente.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 180 do CP.

7.2. Figura qualificada

Está prevista no § 1º. Foi introduzida no Código Penal pela Lei n. 9.426/96. Prevê esse parágrafo:

> 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: (...)

A pena será de reclusão de três a oito anos, além de multa. Para Damásio de Jesus, o § 1º não define figura típica qualificada, entendendo haver na hipótese um tipo independente que contém verbos os quais não estão previstos no *caput*, repete outros e exige elementos subjetivos do tipo. Trata-se de tipo misto alternativo. A prática das várias condutas previstas no mesmo tipo penal caracteriza crime único e não crime continuado.

a) Sujeito ativo: trata-se de crime próprio, pois somente pode ser praticado por aquele que exerce atividade comercial ou industrial. A atividade comercial exercida deve ser habitual. O § 2º equipara "à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência". Podemos citar como exemplos a atividade

de camelô ou o desmanche ilegal, ainda que realizados no interior da residência do agente. Considera-se esse parágrafo uma norma de ampliação. Ressalta-se que a disposição, em face da expressão "qualquer forma" de comércio irregular ou clandestino, descreve um tipo elástico, prejudicial ao princípio da tipicidade, alargando exageradamente a incriminação.

b) Elemento subjetivo: o § 1º, com redação dada pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, pune o comerciante ou industrial que comete receptação, empregando a expressão "que deve saber ser produto de crime". Na atual sistemática, temos a seguinte situação:

- O *caput* do art. 180 prevê o chamado dolo direto ("coisa que sabe ser produto de crime").
- O § 3º, por sua vez, descreve a forma culposa.

Diante dessa situação, a doutrina entende que o § 1º somente pode tratar do dolo eventual. Se o comerciante deveria saber que a coisa era produto de crime (dúvida, incerteza, desconfiança), assim, a pena é de três a oito anos de reclusão. *E se sabia (pleno conhecimento)?* Eis a questão que suscita bastante controvérsia na doutrina, uma vez que não há qualquer previsão legal para essa modalidade de crime. Se o comerciante desmontar um automóvel sabendo que é produto de crime, responderá, assim, por qual delito? Há duas posições:

- O § 1º prevê as condutas tanto de quem sabe (dolo direto) quanto de quem deve saber (dolo eventual), uma vez que, embora empregue somente a expressão "deve saber", a conduta de quem sabe está abrangida, pois, se praticar a conduta com dolo eventual qualifica o crime, por óbvio que a praticar com dolo direto também deve qualificar.
- A lei tipificou apenas o comportamento de quem deve saber a origem criminosa, logo, de acordo com o princípio da reserva legal, não pode ser empregada a analogia para alcançar também a conduta de quem sabe. Em matéria de normas incriminadoras, a interpretação há de ser restritiva e não ampliativa: se o legislador falou apenas "deve saber", a conduta de quem sabe não deve funcionar como qualificadora. Ofende, por outro lado, o fato de o princípio constitucional da proporcionalidade punir mais severamente o dolo eventual que o dolo direto, razão pela qual o § 1º é inconstitucional e não deve ser aplicado.

Nossa posição: entendemos correta a primeira posição. A lei pretendeu punir não apenas quem sabe mas até mesmo aquele que deveria saber. Foi além, portanto, previu como qualificadora mais do que o dolo direto, razão pela qual a

conduta de quem sabe está embutida na de quem deve saber, de modo que o § 1º do art. 180 alcança tanto o dolo direto (sabe) quanto o dolo eventual (deve saber). Não se trata de analogia ou interpretação extensiva, mas de declarar o exato significado da expressão ("deve saber" inclui o "sabe"), interpretação meramente declarativa, portanto.

c) Causa de aumento de pena: está prevista no § 6º. Se o crime for praticado em detrimento de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* desse artigo aplica-se em dobro (art. 180, § 6º, acrescentado pela Lei n. 9.426/96).

7.3. Figura privilegiada

Está prevista no § 5º, parte final. Trata-se do mesmo benefício previsto no art. 155, § 2º. Tal benefício é aplicado às formas dolosas descritas no *caput* do art. 180 (não se aplica ao tipo qualificado). Seguem-se, nesse tópico, as regras atinentes ao furto privilegiado.

7.4. Receptação culposa

Está prevista no § 3º:

> Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (...)

Pena: detenção de um mês a um ano, multa ou ambas as penas. O legislador não inclui no tipo penal a conduta de *ocultar* a coisa, pois aquele que assim procede certamente sabe da origem ilícita do bem. Da mesma forma, a conduta do agente que, tendo dúvida no tocante à procedência do objeto, influi para que terceiro de boa-fé adquira ou receba a coisa é penalmente atípica. O tipo, embora culposo, é fechado, pois apenas três são os indícios reveladores de culpa:

a) natureza do objeto material: exemplos: objetos de valor histórico, veículo automotor sem documentação;

b) desproporção entre o valor e o preço;

c) condição de quem oferece: exemplo: objetos de valor vendidos por um menor de rua.

7.5. Perdão judicial

Está previsto no § 5º, 1ª parte:

> (...) se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

O perdão judicial, aqui enunciado, só encontra aplicação no caso da

receptação culposa. Presentes os requisitos legais, o Juiz fica obrigado a conceder esse benefício legal. No tocante à natureza jurídica do perdão judicial, há duas posições: a) é declaratória da extinção da punibilidade (Súmula n. 18 do STJ); b) é condenatória, assim todos os efeitos secundários penais (exceto reincidência) e extrapenais decorrem da concessão do perdão.

8. CONCURSO DE CRIMES

a) O crime será único, ainda que o agente adquira coisas originárias de delitos diversos, desde que o faça de uma só vez, caso contrário, haverá crime continuado.

b) Se a aquisição de vários objetos de um único crime se der em diversas ocasiões, haverá, preenchidos os requisitos legais, crime continuado ou, ausentes aqueles requisitos, concurso material.

c) Se a aquisição de vários objetos de diversos crimes se der em ocasiões diferentes, haverá também crime continuado, preenchidos os requisitos legais da continuidade delitiva. Ausentes estes, haverá concurso material.

d) Se várias pessoas adquirem diversos bens provenientes de um único crime, cada um dos adquirentes praticará uma receptação (nesse sentido: NORONHA, 1994, v. 2, p. 494).

9. AÇÃO PENAL

É pública incondicionada. Embora a receptação seja crime autônomo, a competência, por força de conexão processual, geralmente é do Juízo em que se consumou o crime de que a coisa receptada adveio.

CAPÍTULO VIII – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

- Natureza jurídica: trata-se da chamada imunidade penal absoluta, também conhecida como escusa absolutória, incidente sobre os crimes contra o patrimônio, previstos no Título II da Parte Especial do Código Penal. As escusas absolutórias estão previstas tão somente para os delitos contra o patrimônio, isentando de pena seu autor. Apesar de a redação ser semelhante à norma do art. 26 do CP, não se trata de causa dirimente, mas extintiva da punibilidade, tornando impuníveis os delitos patrimoniais não violentos, cometidos entre cônjuges ou parentes próximos, por razões de política criminal. Não exclui a tipicidade, a antijuridicidade, tampouco a culpabilidade do autor, "apenas, em razão de um critério meramente oportunístico, deixa de ser aplicável a correspondente pena" (HUNGRIA, 1958b, v. 7, p. 325). No caso do roubo, da extorsão ou de crime cometido com emprego de violência ou grave ameaça, não incide a escusa (art. 183, I, do CP).
- Hipóteses do art. 181:

Inciso I – cônjuge: o casamento pode ser o civil ou o religioso com efeitos civis. São exigidos dois requisitos para a imunidade absoluta: que o autor esteja casado com a vítima e que a conduta tenha sido praticada na constância da sociedade conjugal. O casamento, como vínculo legal que une um homem a uma mulher, só pode ser dissolvido pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio (art. 1.571, § 1º, do CC). O regime de bens é irrelevante, uma vez que a lei tem por finalidade

> a conveniência de evitar ensejo à cizânia, à violação da intimidade e ao desprestígio da família. O interesse de preservá-la ao ódio recíproco entre seus membros e ao escândalo lesivo de sua honorabilidade (toda família se empenha em encobrir a má conduta de suas ovelhas negras) não deve ser sacrificado ao interesse da incondicional punição dos crimes lesivos do patrimônio, simples e exclusivamente tais (HUNGRIA, 1958b, v. 7, p. 324).

Por essa razão, não se aplica a escusa absolutória em duas hipóteses: quando o autor for viúvo, em face da inexistência não apenas do casamento mas da

própria vítima; quando ambos estiverem divorciados. No primeiro caso, vale ressaltar que o crime seria praticado contra os bens do espólio do cônjuge, ao qual concorrem outras pessoas, devendo, nesse caso, o agente responder pelo crime patrimonial de coisa comum, sem qualquer isenção de pena (HUNGRIA, 1958b, v. 7, p. 326).

Além do vínculo matrimonial, exige-se que o crime tenha sido cometido na constância da sociedade conjugal, entendida esta como o conjunto de direitos e obrigações derivados do casamento. Extingue-se a sociedade conjugal não somente pelas mesmas causas extintivas do casamento (morte e divórcio) mas também pela sua nulidade ou anulação e pela separação judicial (art. 1.571, II e III, do CC). Isso significa que o separado judicialmente, embora continue casado, uma vez que não cessado o vínculo legal, não está mais na constância da sociedade conjugal e, portanto, não tem direito à imunidade referida nesse artigo do Código Penal. Quanto ao separado de fato, ele continua casado e na constância da sociedade conjugal, tendo, por essa razão, direito à escusa absolutória. Como já ensinava Magalhães Noronha (1994, v. 2, p. 503):

> O que é necessário é estar em pleno vigor a sociedade conjugal, isto é, não ter sido anulado o casamento, não ter havido separação judicial, nem os cônjuges se acharem separados, judicialmente separados – e não de fato...

No mesmo sentido, Damásio de Jesus (2001a, v. 2, p. 515), com a habitual clareza: “A separação de fato não exclui a imunidade. O código se refere à constância da sociedade conjugal”.

No tocante à união estável, foi equiparada ao casamento pela Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, por força de seu art. 226, § 3º, razão pela qual sempre foi consenso doutrinário a extensão da escusa absolutória a essa forma de relacionamento (JESUS, 2000a, p. 364). Vale, por fim, mencionar que, recentemente, o Plenário do STF reconheceu como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo (ADPF n. 132, cf. Informativo do STF n. 625, Brasília, 2 a 6 de maio de 2011).

1. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS AO INCISO I DO ART. 181 DO CÓDIGO PENAL PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

a) Manteve-se a equiparação do cônjuge ao companheiro, na hipótese de união estável: tal equiparação existia desde a Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, por força do seu art. 226, § 3º. O Código Civil de 2002 apenas disciplinou a norma constitucional, praticamente repetindo-a em seu art. 1.723. Agora, a única diferença é que, ao tratar da equiparação entre cônjuge e companheiro, deverá ser feita também referência ao mencionado dispositivo do

novel diploma.

b) Concubinato não é mais sinônimo de união estável e, por isso, não se equipara mais ao casamento: o CC, em seu art. 1.727, definiu concubinato como a relação estável entre homem e mulher, *quando impedidos de casar*. Desse modo, concubinato deixa de ser sinônimo de união estável. Agora existe distinção: quando não há impedimento para o casamento, ocorre a união estável, equiparada em tudo ao casamento e merecedora da imunidade penal aqui tratada. Se houver impedimento, haverá concubinato, o qual não pode ser comparado com o vínculo matrimonial, justamente porque existe impedimento ao seu estabelecimento e, por isso, não se beneficia da escusa absolutória. Aliás, o CC é expresso nesse sentido:

> A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; (...) (art. 1.723, § 1º)

o que vale dizer: não haverá união estável se ocorrer o concubinato.

Observação: existe uma única hipótese em que o concubinato se equipara à união estável e, por essa razão, ao casamento, merecendo a incidência da escusa absolutória. As pessoas casadas não podem se casar. Isso é um impedimento que causa nulidade absoluta do casamento (art. 1.521, VI, do CC). Suponhamos, então, que uma pessoa casada se unisse a outra, passando a conviver de modo contínuo, como se estivessem sob o manto matrimonial. Em face do estado civil de um dos companheiros, sua relação não poderá ser chamada de união estável, mas de concubinato, porque existe um impedimento para que ambos se casem. Ocorre que, se o concubino casado estiver separado de fato ou judicialmente, embora o impedimento ao matrimônio persista, tal relação, excepcionalmente, será chamada pela lei de união estável, e não de concubinato. Isso porque a parte final do § 1º do art. 1.723 do CC é expressa nesse sentido: se o impedimento for o fato de um dos companheiros ser casado, a relação *more uxorio* será denominada união estável, se ele estiver separado, judicialmente ou de fato. Existe, assim, um caso de concubinato em que se aplica a escusa em questão. Em suma, no inciso I, o casamento equipara-se à união estável e ao concubinato, quando o companheiro casado estiver separado de seu cônjuge.

Inciso II – ascendente ou descendente: cuida-se aqui dos parentes em linha reta. Ascendentes: pai, mãe, avó e avô. Descendentes: filho, neto e bisneto. Abrange a filiação legítima ou ilegítima, seja civil (adoção) ou natural. É que a CF, em seu art. 227, § 6º, dispõe que

> os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A afinidade (sogro e sogra) não é abarcada pela hipótese.

Inovações trazidas pelo Código Civil: no inciso II, não mudou nada. O Código Civil de 2002 estendeu o parentesco por afinidade ao companheiro, em seu art. 1.595. Isso, porém, não significa nada para o art. 181, II, do CP. A afinidade nunca foi abrangida pela hipótese, conforme mencionado. Se os afins do cônjuge não estavam abrangidos pela imunidade, pela mesma razão, não serão alcançados os do companheiro. Para os fins do art. 181, são considerados estranhos e, como tal, imerecedores da imunidade absoluta. Essa é a precisa lição de Damásio de Jesus (2001a, v. 2, p. 514): "a enumeração legal é taxativa. Assim, não pode ser estendida a terceiros".

Observação: há uma interessante questão, que em nada foi alterada pela nova legislação civil. Trata-se da hipótese de um pai que subtrai coisa comum de sua filha e do seu genro, casados em regime de comunhão de bens. Com relação ao genro, não existe parentesco civil nem natural, mas mera aproximação por afinidade. A *res furtiva* é comum à sua filha e ao seu afim. Teria o sujeito direito à escusa absolutória? Não. Como o dispositivo tem interpretação restritiva, em face do disposto no art. 183, II, do CP, não haverá incidência da causa de isenção de pena. Como ensinava Nélson Hungria (1958b, v. 7, p. 328):

> Também inexistirá a imunidade se a coisa, por qualquer título, é comum a qualquer das pessoas mencionadas no texto legal e estranhos. É necessário, para efeito da isenção, que a coisa pertença exclusivamente ao cônjuge ou parente.

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.

- Natureza jurídica: consubstancia-se em imunidade penal relativa ou processual. Nesse caso, ao contrário da imunidade absoluta, o autor do crime não é isento de pena, mas os crimes de ação penal pública incondicionada passam a ser condicionados à representação do ofendido. A referida imunidade, portanto, não abrange os crimes contra o patrimônio de iniciativa privada (dano simples).
- Cônjuge desquitado ou judicialmente separado: cuida-se aqui do cônjuge separado judicialmente. O divorciado não é abrangido por essa imunidade. Se o crime, contudo, foi praticado antes do divórcio, tal imunidade incidirá.
- Irmão legítimo ou ilegítimo: não se distingue se os irmãos são germanos ou bilaterais, legítimos ou ilegítimos, consanguíneos ou não (no caso de um deles ou ambos serem adotados).
- Tio ou sobrinho com quem o agente coabita: necessita-se de efetiva

coabitação, não havendo necessidade de que o crime seja cometido no local da coabitação. A coabitação transitória afasta a imunidade.

Inovações trazidas pelo Código Civil: o que mudou? Nada. Trata-se da chamada imunidade relativa ou processual, a qual não extingue a punibilidade, mas tão somente impõe uma condição objetiva de procedibilidade. Aqui não há nenhuma novidade. O termo desquitado estava excluído desde a promulgação da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Pelas razões expostas, o cônjuge separado de fato tem direito à imunidade absoluta e não à relativa. Não se estende o benefício a afins.

Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I – se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II – ao estranho que participa do crime;

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Não incide a imunidade absoluta ou relativa se o crime é de roubo ou de extorsão, direta ou indireta, ou se, em geral, na prática do crime patrimonial houver emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, pois, além da lesão patrimonial, há comprometimento de bens ou interesses inerentes à pessoa humana, como a integridade física, a saúde etc. Se um terceiro cometer um crime em concurso com agente beneficiado pela imunidade, a ele não se estenderão as presentes disposições. Finalmente, o art. 110 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), acrescentou ao art. 183 do CP uma nova hipótese de inaplicabilidade das imunidades previstas nos arts. 181 e 182, qual seja se o crime for praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CAPÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Art. 213 – Estupro

1. CONCEITO E OBJETO JURÍDICO

Com a nova epígrafe do delito em estudo, passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher), a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Deste modo, ações que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n. 12.015/2009, passaram a integrar o delito de estupro, sem importar em *abolitio criminis*. Houve uma atipicidade meramente relativa, com a passagem de um tipo para outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena). Conclui-se, portanto, que o estupro abrange, a partir de agora, a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando a sua tutela legal, para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear – ação física

Pune-se a ação de constranger (forçar, compelir, coagir) alguém a: (a) conjunção carnal; ou (b) a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Conjunção carnal: é a cópula vagínica, ou seja, a penetração efetiva do membro viril na vagina. A antiga redação do art. 213 do CP somente abarcava esse ato sexual, sendo as demais práticas lascivas abrangidas pelo art. 214 do CP, atualmente revogado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Ato libidinoso: compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal), os quais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor (CP, antigo art. 214). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta.

O tipo penal se refere ao emprego de violência ou grave ameaça. É ínsito no

crime de estupro que haja o dissenso da vítima. Dessa feita, é necessário que ela se oponha veementemente ao ato sexual, que lute com o agente, somente cedendo em face da violência empregada ou do mal anunciado.

Violência: o tipo penal se refere à violência real, isto é, o emprego de força física contra a vítima (coação física).

Grave ameaça: é aquela que age no psíquico da vítima, anulando a sua capacidade volitiva (violência moral). O mal prometido deve ser grave. Pode ser direto (dirigido contra a vítima) ou indireto (dirigido contra terceiro), justo ou injusto. Deve ser avaliado de acordo com as condições individuais da vítima.

Violência presumida: a Lei, em seu art. 224, presumia a violência da vítima: (a) de 14 anos ou menos; (b) alienada ou débil mental, e o agente conhecesse esta circunstância; (c) quando ela não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Nessas hipóteses, considerava-se, por ficção legal, ter havido conjunção carnal mediante constrangimento, sendo irrelevante o consentimento da vítima, cuja vontade era totalmente desconsiderada, ante sua incapacidade para assentir. O estupro com violência real ou presumida integrava o mesmo tipo incriminador, com penas idênticas. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob o nome de "estupro de vulnerável", com a pena mais severa de reclusão de 8 a 15 anos, quando na forma simples. O § 1º do mencionado art. 217-A pune com a mesma pena do *caput*, os atos libidinosos contra pessoa, cuja enfermidade ou deficiência mental lhe retire o discernimento ou a capacidade de resistência. No seu § 3º (o § 2º foi vetado), há uma qualificadora: se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave, pena de reclusão, de 10 a 20 anos. Finalmente, no § 4º, se resulta morte, pena de reclusão, de 12 a 30 anos.

Fraude: se o agente tiver 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, o crime será o previsto no art. 215 do CP, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015/2009. Sobre o tema, *vide* comentários ao art. 215 do CP.

2.2. Sujeito ativo

Na antiga redação do art. 213 do CP, a mulher não podia ser autora imediata do estupro, ante a sua impossibilidade física de praticar o coito comissivamente. Podia, no entanto, ser autora mediata, quando, por exemplo, constrangesse um

homem a praticar conjunção carnal com uma mulher, mediante violência ou, o que é mais comum, grave ameaça. Com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009, o tipo penal passou a abarcar não só a prática de conjunção carnal, mas também qualquer outro ato libidinoso, possibilitando, assim, que a mulher também se torne sujeito ativo desse crime.

Mulher como coautora: é perfeitamente possível. Cite-se como exemplo a mulher que constrange a vítima mediante o emprego de arma de fogo ou procura segurar-lhe o corpo, mediante violência física, para que o seu comparsa realize a conjunção carnal. Mencione-se que, com o advento da Lei n. 12.015/2009, a mulher tanto poderá ser coautora e partícipe do crime de estupro, como também autora, em virtude de o tipo penal, a partir de agora, abranger os atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Marido como autor. A questão da violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006): marido que, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, constrange a mulher à prática de relações sexuais comete crime de estupro. A mulher tem direito à inviolabilidade de seu corpo, de forma que jamais poderão ser empregados meios ilícitos, como a violência ou grave ameaça, para constrangê-la à prática de qualquer ato sexual. Isso veio a ser reforçado com a edição da Lei n. 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

2.3. Sujeito passivo

Atualmente, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos passivos do crime em exame. Na antiga redação do art. 213 do CP, somente a mulher podia ser vítima de estupro, pois apenas esta poderia ser obrigada a realizar cópula vagínica. Não se exclui da proteção legal a prostituta.

Vítima menor de 14 anos: se o agente realizar conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com vítima menor de 14 anos, haverá o delito previsto no art. 217-A (estupro de vulnerável), não havendo mais que se falar na presunção de violência prevista no revogado art. 224 do CP.

Vítima menor de 18 e maior de 14 anos: haverá a configuração do crime na forma qualificada (§ 1º). Note-se que o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do

CP. Poderá haver, no caso, o estupro na forma simples, se houver o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade de constranger alguém à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, mediante o emprego de violência ou grave ameaça.

4. MOMENTO CONSUMATIVO

Consuma-se o delito com a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal da mulher, independentemente da ejaculação do agente ou da ruptura do hímen da vítima durante o evento, na hipótese desta ser virgem, ou com a prática de qualquer outro ato libidinoso. A satisfação sexual do agente não é exigida para a consumação.

5. TENTATIVA

É possível. Se o agente emprega violência ou grave ameaça, que são atos executórios do crime, mas não consegue, por circunstâncias alheias a sua vontade, realizar a conjunção carnal ou os atos libidinosos diversos, há crime tentado. Mencione-se que, no caso da tentativa da conjunção carnal, se for constatada a prática anterior de atos libidinosos diversos (por exemplo, coito oral), o crime será considerado consumado, pois, com o advento da Lei n. 12.015/2009, tais atos passaram a perfazer o delito de estupro.

6. PROVA DA MATERIALIDADE

Tratando-se de crime que deixa vestígios de sua materialidade, é necessário realizar exame de corpo de delito. Conceitua-se aquele como o conjunto de vestígios materiais (elementos sensíveis) deixados pela infração penal e que representa a materialidade do crime. Os elementos sensíveis são os vestígios corpóreos perceptíveis por qualquer dos sentidos humanos. Conforme dispõe o art. 158 do CPP,

> quando a infração deixa vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Nesse caso, faltante o exame, enseja-se a ocorrência de nulidade. Sendo possível o exame de corpo de delito direto, não pode supri-lo o indireto (feito, por exemplo, por prova testemunhal) (CAPEZ, 2000b, p. 253-254).

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 213.

7.2. Qualificada pelo resultado

As formas qualificadas pelo resultado estão previstas nos §§ 1º (1ª parte) e 2º, do art. 213, conforme modificações operadas pela Lei n. 12.015/2009. Estavam antes contempladas no art. 223 do CP, o qual foi expressamente revogado pelo aludido Diploma Legal. Desse modo, o crime será qualificado pelo resultado: (a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave (cf. § 1º, 1ª parte). Trata-se de situação já prevista no revogado artigo 223 do CP, não tendo ocorrido *abolitio criminis.* Note-se que a pena do artigo revogado foi mantida pela Lei n. 12.015/2009, qual seja, a de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Mencione-se que, ao falar em lesão corporal de natureza grave, a lei se refere às de natureza grave e gravíssima, o que significa que a expressão está empregada em sentido lato; (b) se da conduta resulta morte (cf. § 2º): cuida-se de hipótese igualmente prevista no revogado art. 223 do CP, com uma diferença: a anterior pena de reclusão, de 12 a 25 anos, foi modificada, passando o limite máximo a ser de 30 anos de reclusão, constituindo, portanto, hipótese de *novatio legis in pejus.*

Vítima menor de 18 ou maior de 14 anos: interessante notar que a Lei n. 12.015/2009 acrescentou uma nova qualificadora ao delito de estupro, de forma que a pena será de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos, se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14 (catorze anos) (CP, art. 213, § 1º, 2ª parte). Portanto, considerando a idade da ofendida, o legislador optou por agravar a reprimenda penal quando o estupro for praticado contra adolescente. Não se trata de hipótese de delito qualificado pelo resultado, muito embora conste do § 1º do art. 213 do CP. Note-se que a qualificadora não incidirá se o crime for praticado na data em que a vítima completa seu 14º aniversário.

Natureza hedionda: tais crimes qualificados são considerados hediondos, consoante expresso teor do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.072/90 (com as modificações operadas pela Lei n. 12.015/2009). Note-se que o estupro praticado contra vítima menor de 18 anos ou maior de 14 também passou a sujeitar-se ao regime mais drástico da Lei n. 8.072/90.

8. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

1) Crime hediondo: previa o art. 1º da Lei n. 8.072/90 que eram considerados crimes hediondos o estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único) e o atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com

o art. 223, *caput* e parágrafo único). Com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009, o art. 214 do CP foi revogado e as condutas lá previstas passaram a ser abarcadas pelo delito de estupro (CP, art. 213). Do mesmo modo, foi revogado o art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP, e as formas qualificadas pelo resultado lá contempladas foram inseridas no art. 213, § § 1º (1ª parte) e 2º, do CP. Diante de tais mudanças, o art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.072/90, dispôs expressamente que é considerado crime hediondo o estupro na forma simples (art. 213, *caput*) e qualificada (§ § 1º e 2º). A Lei n. 12.015/2009 também passou a considerar hediondo o delito de estupro de vulnerável, em sua forma simples (CP, art. 217-A e § 1º) e qualificada (CP, art. 217, § 3º e 4º) (cf. modificações introduzidas na Lei n. 8.072/90, art. 1º, inciso VI), não havendo mais qualquer discussão sobre se o antigo delito de estupro com violência presumida teria natureza hedionda (sobre o tema, *vide* comentários ao art. 217-A).

2) Causa de aumento de pena: o art. 9º da Lei n. 8.072/90 prevê que as penas fixadas para os crimes capitulados nos arts. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, são acrescidas de metade, respeitando o limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal. Sucede que, com o advento da Lei n. 12.015/2009, os arts. 214, 223 e 224 do CP foram expressamente revogados. Assim, as formas qualificadas do delito de estupro (antes previstas no art. 223) passaram a integrar os §§ 1º (1ª parte) e 2º do art. 213 do CP. As hipóteses do art. 224 do CP (violência presumida), de outro lado, passaram a constituir tipo penal autônomo (CP, art. 217-A), com a previsão de formas qualificadas pelo resultado.

9. CONCURSO

Concurso de crimes. Estupro e o revogado atentado violento ao pudor: na antiga sistemática do Código Penal, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor eram reputados crimes distintos, previstos em tipos autônomos. Assim, havia dois crimes, sem a possibilidade de aplicação do benefício do crime continuado, dada a diversidade de espécies entre os dois delitos. Esse era o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro passou a abarcar também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, de forma que, a partir de agora, será possível sustentar a continuidade delitiva em tais casos. Desse modo, se o agente, por diversas ocasiões, constranger a vítima, mediante o emprego de violência ou

grave ameaça, a com ele praticar conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso diverso do coito vagínico, há continuidade delitiva (CP, art. 71).

Concurso de crimes. Vários estupros contra a mesma vítima na mesma ocasião: haverá um só crime, ainda que o agente tenha mantido mais de uma relação sexual ou praticado atos libidinosos diversos com a mesma vítima, na mesma ocasião.

Concurso de crimes. Vários estupros contra a mesma vítima em ocasiões diversas: preenchidos os demais requisitos legais, é possível reconhecer a continuidade delitiva. Ausentes esses requisitos, o agente deverá responder pelos crimes de estupro em concurso material.

Concurso de crimes. Estupro contra vítimas diversas: "I. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, já decidiu pela impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva em crimes contra a liberdade sexual contra vítimas diversas, hipótese em que se incide a regra do concurso material". (STJ, 5ª T., REsp 806.429/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 25-4-2006, *DJ* de 22-5-2006, p. 247). Em sentido contrário, "Revisão Criminal. Estupro em continuidade delitiva. Pedido acolhido para, tão somente, reduzir a fração da continuidade delitiva, por serem dois os crimes, praticados na mesma ocasião, no mesmo lugar, com idêntico modo de execução, contra duas adolescentes" (Revisão Criminal n. 70001053966, 3º Grupo de Câmaras Criminais, TJRS, rel. Paulo Moacir Aguiar Vieira, j. em 21-5-2004).

Concurso de crimes. Estupro e contágio de moléstia venérea: a Lei n. 12.015/2009 criou duas novas causas de aumento de pena, incidentes sobre os capítulos do Título VI. Assim, de acordo com o art. 234-A, a pena será aumentada de metade: (a) se do crime resultar gravidez: basta, desse modo, que da prática, por exemplo, do estupro, resulte a aludida consequência para a vítima. Não é necessário que a gravidez seja abrangida pelo dolo do agente; (b) se o agente transmite à vitima doença sexualmente transmissível de que sabe (dolo direto) ou deveria saber (dolo eventual) ser portador. Na hipótese, não há mais que se falar no concurso formal impróprio entre o crime contra a dignidade sexual e o delito do art. 131 do CP (perigo de contágio de moléstia venérea), constituindo a transmissão da doença uma circunstância majorante.

Concurso de crimes. Estupro e sequestro ou cárcere privado: a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, a privação, com fim libidinoso, da liberdade de qualquer pessoa será enquadrada no crime de sequestro ou cárcere privado na forma qualificada (CP, art. 148, § 1º, V).

Art. 214 – Atentado violento ao pudor

1) Revogação: de acordo com o art. 7º da Lei n. 12.015/2009, "Revogam-se os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954".

2) Considerações gerais: de acordo com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao art. 213 do CP, constitui crime de estupro a ação de "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" (art. 213, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009). O novel dispositivo legal, portanto, estranhamente, abarcou diversas situações que não se enquadrariam na acepção originária do crime de estupro, o qual sempre tutelou sobretudo a liberdade sexual da mulher, ou seja, a liberdade de dispor de seu corpo, de não ser forçada violentamente a manter conjunção carnal com outrem. Portanto, a nota característica do crime de estupro sempre foi o constrangimento da mulher à conjunção carnal, representada esta pela introdução do pênis em sua cavidade vaginal. A liberdade sexual do homem jamais foi protegida pelo tipo penal em estudo. Com a nova epígrafe do delito em exame, entretanto, passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher), a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Portanto, ações que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n. 12.015/2009, passaram a integrar o delito de estupro, sem importar em *abolitio criminis*. Houve uma atipicidade meramente relativa, com a passagem de um tipo para outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena. Sobre o tema, *vide* comentários ao art. 213 do CP.

Art. 215 – Violação sexual mediante fraude

1. OBJETO JURÍDICO

A partir das modificações operadas pela Lei n. 12.015/2009, tutela-se aqui a liberdade sexual de qualquer pessoa, homem ou mulher, ou seja, a liberdade de dispor de seu corpo, de consentir na prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, sem que essa anuência seja obtida mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear – meio executório

Antes da promulgação da Lei n. 12.015/2009, punia-se a ação de ter cópula vagínica com mulher, mediante fraude. O tipo penal não abarcava a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante engano, ardil, cuja previsão estava contida no art. 216 do CP. A partir da edição da Lei n. 12.015/2009, o tipo penal passou a reprimir a conduta de ter cópula vagínica ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante a obtenção fraudulenta de seu consentimento ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. Diante disso, o crime de atentado ao pudor mediante fraude (CP, art. 216), acabou por ser revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009.

Meio executório: o delito em estudo tem como nota característica o emprego de fraude, o que leva a doutrina a denominá-lo "estelionato sexual". Ao contrário do crime de estupro, o agente obtém a prestação sexual mediante o uso de meio enganoso, ou seja, meio iludente da vontade da vítima e não com a utilização de violência ou grave ameaça, motivo pelo qual ele é considerado delito de menor gravidade. Deve o meio empregado ser idôneo a viciar a vontade da vítima, do contrário, não haverá crime. Na análise da idoneidade do meio utilizado, devem ser levadas em conta as condições da vítima. Cite-se como exemplo desse crime, a ação do curandeiro que obtém a posse sexual de mulher rústica sob o argumento de que somente o ato sexual a livrará dos males que sofre. Além desse meio executório, consistente no emprego de fraude, o tipo penal passou a contemplar uma fórmula genérica, consubstanciada na expressão: *outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.* Certamente, se a vítima estiver impossibilitada de oferecer resistência por motivos como embriaguez completa, narcotização, o crime será o de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), cuja pena é muito mais gravosa que a do delito em estudo.

2.2. Sujeito ativo

Assim como no reformulado crime de estupro, tanto o homem quanto a mulher podem praticar o delito em tela, pois o tipo penal faz expressa referência à conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

2.3. Sujeito passivo

Tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito passivo do crime em questão. Não se exige que a vítima seja honesta, sob o ponto de vista da moral sexual.

Vítima menor de 14 anos: haverá o crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A – que constituía o antigo crime de estupro com violência presumida – CP, art. 213 c.c. 224, *a*).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de 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. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (CP, art. 215, parágrafo único).

4. MOMENTO CONSUMATIVO

Assim como no crime de estupro, consuma-se com a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal da mulher, no caso de conjunção carnal, ou com a prática de atos libidinosos diversos.

5. TENTATIVA

A tentativa é perfeitamente possível. Assim, o crime será tentado se, por exemplo, um curandeiro, ao solicitar os favores sexuais de mulher rústica sob o argumento de que curará seus males, é surpreendido no momento em que está prestes a introduzir seu órgão genital na vagina da mulher.

6. FORMA QUALIFICADA

Está contemplada no parágrafo único do art. 215, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015/2009: "Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa". Nesse aspecto, a Lei agravou a situação do réu, pois não havia qualquer previsão legal sobre a pena de multa, se existente a finalidade econômica. Mencione-se que não é necessária a efetiva obtenção da vantagem econômica para que se configure o delito, bastando que se comprove tal finalidade.

7. QUESTÕES

Se o ato se inicia mediante fraude, com o agente aproveitando-se do fato de a vítima estar dormindo, mas após descoberta a fraude usa de violência para completar a conjunção, o crime é de estupro e não o do art. 215, pois há no caso progressão criminosa.

8. AÇÃO PENAL

Sobre a ação penal, *vide* comentários ao art. 225 do CP, com as suas exceções.

Art. 216 – Atentado ao pudor mediante fraude

1) Revogação: de acordo com o art. 7º da Lei n. 12.015/2009, "Revogam-se os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de

1940 – Código Penal, e a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954".

2) Considerações gerais: o art. 216 do CP acabou por ser revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009. Não se trata, contudo, de *abolitio criminis*, pois os elementos do aludido tipo penal acabaram por ser abarcados pelo crime do art. 215 do CP, o qual passou a reprimir a conduta de: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa." Dentre as modificações legais, destaca-se que: (a) o crime de violação sexual mediante fraude (antigo delito de posse sexual mediante fraude) se perfazerá não só com a obtenção fraudulenta da cópula vagínica, mas também de qualquer outro ato libidinoso diverso. (b) a qualificadora do parágrafo único foi abolida (se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos); e (c) foi inserida a pena de multa quando existente o fim de obter vantagem econômica. Sobre o tema, *vide* comentários ao art. 215 do CP.

Art. 216-A – Assédio sexual

1. CONCEITO

O art. 216-A foi introduzido no CP pela Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, cujo teor é o seguinte:

> Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

A Lei n. 10.224/2001 foi publicada em 16 de maio de 2001 e entrou em vigor na mesma data. Dessa feita, tal lei somente passou a produzir efeitos em 16 de maio de 2001, não se aplicando aos fatos cometidos anteriormente. Tratando-se de norma penal incriminadora é, portanto, irretroativa.

2. OBJETO JURÍDICO

Trata-se de mais um crime contra os costumes, em especial, é um delito contra a liberdade sexual. Esse, portanto, é o objeto jurídico do crime em tela. Damásio de Jesus (2000b), contudo, acentua que

> a leitura do dispositivo em apreço, entretanto, leva-nos a concluir sobre a existência, concomitante, de outros bens jurídicos (delito pluriofensivo): *honra e direito a não ser discriminado no trabalho ou nas relações educacionais*.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear – meio executório

A ação nuclear do tipo consubstancia-se no núcleo “constranger”. Quanto à exata conceituação deste, vejamos o ensinamento de Damásio de Jesus (2000b):

> Acreditamos que haverá duas correntes: 1) o legislador empregou o verbo constranger no sentido de tolher a liberdade de, obrigar, forçar, compelir, coagir, como nos delitos de constrangimento ilegal, estupro etc.; 2) o verbo constranger, na figura típica, significa acanhar-se, incomodar, embaraçar, envergonhar, causar vexame. Segundo pensamos, certamente o legislador não pretendeu empregar a expressão em seu segundo sentido. Caso contrário, constituiria delito o fato de o patrão contar uma piada picante à sua funcionária, presentes a intenção libidinosa e as outras elementares do tipo. Mas, adotando a primeira posição, criou enorme dificuldade de interpretação no sentido de diferenciar o delito de assédio sexual de outros crimes que empregam o mesmo verbo. A norma de conduta deixou de fazer menção ao meio por intermédio do qual a ação se pode dar (constrange-se alguém por meio de), como nas descrições dos delitos de estupro etc. A ideia de constranger implica uma conduta que passa a existir por meio de algum ato realizado pelo agente. Constrange-se por intermédio de algo (palavras, gestos etc.). Não há previsão daquilo a que a vítima venha a ser constrangida (constrange-se *alguém a algo*), como no constrangimento ilegal, extorsão, estupro e atentado violento ao pudor. O verbo constranger, transitivo, exige objeto direto (constrange-
> -se alguém; ideia de pessoa) e indireto ou complemento preposicionado (constrange-se alguém a algo; ideia de coisa, no sentido de fazer ou não alguma coisa).

Trata-se de crime de ação livre. O assédio pode ser realizado verbalmente, por escrito ou gestos. Afastam-se a violência ou a grave ameaça, uma vez que o emprego de tais meios para obter vantagens de natureza sexual pode configurar o crime de estupro ou atentado violento ao pudor.

3.2. Elemento normativo do tipo

A lei exige que o agente seja superior hierárquico da vítima ou tenha sobre ela ascendência, condições inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. O agente, portanto, aproveita-se, abusa dessa superioridade hierárquica para obter favores de natureza sexual. Não basta, simplesmente, que o assédio seja realizado no exercício do emprego, cargo ou função. Exige-se que o agente efetivamente se prevaleça dessa superioridade para constranger a vítima a ceder aos seus desejos sexuais.

3.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime que pode ser praticado por qualquer pessoa (homem ou mulher), contudo a lei exige que o agente se prevaleça da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Trata-se, portanto, de crime próprio.

3.4. Sujeito passivo

É qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que seja subalterna ao agente, hierarquicamente inferior. A vítima, diante do temor de perder o emprego ou de

sofrer outras represálias relacionadas ao exercício de seu trabalho, cede aos desejos sexuais do agente.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de constranger a vítima. Exige-se, além daquele, o elemento subjetivo do tipo, qual seja a finalidade de obter vantagem ou favorecimento sexual.

5. MOMENTO CONSUMATIVO E TENTATIVA

Trata-se de crime formal. Consuma-se com o ato de constranger a vítima, sendo prescindível que o agente efetivamente obtenha a vantagem ou favorecimento sexual.

A tentativa é admissível somente no assédio realizado na forma escrita (bilhete), sendo inadmissível nas demais hipóteses.

6. FORMAS

6.1. Simples

Caput do art. 216-A do CP.

6.2. Causa de aumento de pena (art. 216-A, § 2º, do CP)

De acordo com a nova causa de aumento de pena, acrescentada pela Lei n. 12.015/2009, a sanção é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 anos. Trata-se de *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor. Mencione-se que a Lei incorreu em uma impropriedade técnica, pois, sem que houvesse a previsão de um anterior § 1º, introduziu um § 2º. Na realidade, a previsão legal deveria constar de um parágrafo único.

6.3. Causas de aumento de pena (art. 226 do CP)

Incide aqui o disposto no art. 226, com as modificações operadas pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005 (veja comentários ao art. 226). Convém notar que, segundo Damásio de Jesus (2000b), parte do inciso II do art. 226 não incidirá sobre o crime previsto no art. 216-A, pois as hipóteses previstas integram a figura típica (direta ou indiretamente), não podendo novamente ser objeto de valoração (relação de superioridade ou ascendência profissional).

7. AÇÃO PENAL

Sobre a ação penal, *vide* comentários ao art. 225 do CP, com as suas exceções.

CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

O Capítulo II do Código Penal dispunha acerca dos crimes de sedução (CP, art. 217) e corrupção de menores (CP, art. 218). O crime de sedução acabou por ser revogado pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, atendendo aos reclamos da doutrina que não via, na prática, a viabilidade da aplicação desse dispositivo penal. Subsistiu, portanto, o crime de corrupção de menores, o qual dispunha a conduta de "Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena – reclusão, de um a quatro anos".

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, significativas alterações foram operadas no Capítulo II do Código Penal, o qual recebeu a rubrica de "crimes sexuais contra vulneráveis", passando a contemplar inúmeros outros delitos, tais como: estupro de vulnerável (CP, art. 217-A); a mediação de menor de 14 (catorze) anos para satisfação da lascívia de outrem (CP, art. 218, sem nomenclatura legal); satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A); e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (CP, art. 218-B).

Art. 217-A – Estupro de vulnerável

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Previa o art. 224 três hipóteses em que se presumia a violência para a configuração dos crimes contra a dignidade sexual. Se a vítima: 1) não fosse maior de 14 anos; 2) fosse alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; 3) não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Era a chamada violência ficta. Tinha em vista o legislador circunstâncias em que a ofendida não possuía capacidade para consentir validamente ou para oferecer resistência. Com base na presença dessas circunstâncias, criou-se uma presunção legal do emprego de violência, pois, se não havia capacidade para consentir ou para resistir, presumia-se que o ato foi violento. Diferia da violência real, pois nesta havia efetiva coação física ou moral. Assim, o Código Penal, considerando as peculiares condições da vítima, por ficção legal, reputava, por exemplo, que a conjunção carnal havia sido realizada com o emprego de violência, ainda que com o seu consentimento para a prática do ato sexual. Em resumo: mesmo que inexistisse a violência e que houvesse o consentimento da ofendida, presumia-se a prática do crime de estupro se o ato sexual fosse realizado estando presente qualquer das condições acima citadas. O estupro com violência real ou

presumida integrava, portanto, o mesmo tipo incriminador, com penas idênticas. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura "estupro de vulnerável". Dessa forma, as condições acima aludidas passaram a integrar o tipo penal do art. 217-A, com sanções próprias, distintas das reprimendas impostas ao crime sexual praticado com violência real. Antes, o operador do direito necessitava lançar mão da ficção legal contida no art. 224 do CP para lograr enquadrar o agente nas penas do art. 213 ou do revogado art. 214 do CP. Agora, a subsunção típica do fato será direta no art. 217-A do CP. Mencione-se que a criação do art. 217-A do CP foi acompanhada, de outro lado, pela revogação expressa do art. 224 do CP pela Lei n. 12.015/2009, mas como veremos a seguir, de uma forma ou de outra, todas as condições nele contempladas passaram a integrar o novo dispositivo legal, que não mais se refere à presunção de violência, mas às condições de vulnerabilidade da vítima, daí a rubrica "estupro de vulnerável".

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a dignidade sexual do indivíduo menor de 14 anos ou daquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

A conduta típica consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Sobre o conceito de ato libidinoso e conjunção carnal, *vide* comentários ao art. 213 do CP. De acordo com o § 1º, incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Distinção: se o agente constranger *alguém, mediante violência ou grave ameaça*, a ter conjunção carnal *ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*, haverá o crime de estupro (CP, art. 213). No caso de o agente manter 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, o crime será o previsto no art. 215 do CP, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, que passou a ter nova nomenclatura:

“violação sexual mediante fraude”.

3.2. Sujeito ativo

Com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009, o tipo penal passou a abarcar não só a prática de conjunção carnal, mas também de qualquer outro ato libidinoso, possibilitando, assim, que a mulher também seja sujeito ativo desse crime. Sobre o tema, *vide* mais comentários constantes do art. 213 do CP.

3.3. Sujeito passivo

É o indivíduo menor de 14 anos ou aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. São circunstâncias legais de onde se depreende a vulnerabilidade da vítima. Atualmente, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos passivos do crime em exame. Sobre o tema, *vide* comentários constantes do art. 213 do CP.

Vítima com idade inferior a 14 anos: o art. 224 do CP considerava que a violência era presumida se a vítima tivesse idade igual ou inferior a 14 anos, o que não mais ocorre, agora, tendo em vista que se considera apenas o menor de 14 anos. O legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo.

Presunção relativa. Entendimento anterior à Lei n. 12.015/2009: vale notar que a tendência na doutrina era emprestar valor relativo a essa presunção (*juris tantum*). (E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 221-8; Nélson Hungria, *Comentários*, cit., v. 8, p. 230; Celso Delmanto e outros, *Código Penal*, cit., p. 431; Julio Fabbrini Mirabete, *Manual*, cit., v. 2, p. 446).

Presunção absoluta. Entendimento anterior à Lei n. 12.015/2009: no sentido de que a presunção de violência seria absoluta quando o crime fosse praticado contra vítima menor de idade (*juris et de jure*), não se confundindo, no entanto, com o erro de tipo, o qual exclui o crime, uma vez que neste o agente desconhece a idade da vítima, ignorando, assim, a existência da elementar típica. “Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (CP, arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (CP, art. 224, *a*): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de

presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF – após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário – conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74.286, 1ª T., 22-10-1996, Sanches, RTJ 163/291; HC 75.608, 10-2-1998, Jobim, *DJ* de 27-3-1998): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir" (1ª T., HC 81.268-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16-10-2001, *DJ* de 16-11-2002, p. 8). (...) 2. O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja, o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes. No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade. 3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes. Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em *Habeas*. 4. O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro. Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O recorrente só fez após o trânsito em julgado. Negado provimento ao recurso" (STF, 2ª T., HC 79.788-MG, Recurso em *Habeas Corpus*, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 2-5-2000, *DJ* de 17-8-2001, p. 52).

Vítima que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato: o art. 224, *b*, do CP, fazia menção à vítima alienada ou débil mental, e exigia que o agente devesse conhecer essa circunstância. O art. 217-A, § 1º, do CP, abrangeu a referida hipótese, mas também incluiu a vítima enferma, que, na realidade, já era tutelada pelo art. 224, *c*, do CP. Deve-se provar, no caso concreto, que, em virtude de tais condições, ela não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Cumpre, portanto, que sejam comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar atestada a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico. Vejam que pela própria redação do tipo penal, não há como não se exigir uma análise concreta acerca da caracterização ou não da situação de vulnerabilidade

da vítima. Na antiga redação do art. 224, *b*, exigia-se a comprovação de que o agente tivesse efetivo conhecimento do estado anormal da vítima, não era, assim, suficiente o dolo eventual. Essa ressalva legal, entretanto, foi proscrita.

Vítima que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência: trata-se de hipótese que já constava do art. 224, *c*, do CP. Por vezes, a vítima não é menor de idade nem tem enfermidade ou deficiência mental, mas por motivos outros está impossibilitada de oferecer resistência. Exemplos: embriaguez completa, narcotização etc. A presunção aqui também era relativa e devia ser provada a completa impossibilidade de a vítima oferecer resistência. Cremos que, com as modificações legais, tal necessidade permanece, pois não há como não se exigir a comprovação no caso concreto de que a vítima não tem condições de oferecer qualquer oposição.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade de ter conjunção carnal ou de praticar outro ato libidinoso com indivíduo nas condições previstas no *caput* ou § 1º do artigo. Não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Sobre o tema, *vide* comentários constantes do art. 213 do CP.

6. FORMAS QUALIFICADAS

Estão contempladas no § 3º: "Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos" e no § 4º : "Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos" (CP, art. 217-A).

7. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 234-A)

Vide comentários constantes do capítulo "Disposições Gerais".

8. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

1) Crime hediondo: de acordo com a nova redação do art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/90, o estupro de vulnerável, na forma simples e qualificada, (art. 217-A, *caput* e § § 1º, 2º, 3º e 4º) é considerado crime hediondo. Antes de tais modificações legais, muito se discutiu se os crimes sexuais (estupro e o revogado atentado violento ao pudor) com violência presumida seriam hediondos, sendo certo que os Tribunais Superiores vinham se manifestando no sentido afirmativo da hediondez de tais delitos.

2) Causa de aumento de pena (art. 9º): conforme o teor do art. 9º, as penas

fixadas para os crimes capitulados no *art. 214 e sua combinação com o art. 223*, caput *e parágrafo único, todos do Código Penal*, seriam acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no *art. 224 também do CP*. Como já estudado, o crime de atentado violento ao pudor foi expressamente revogado, mas os seus elementos foram abarcados pela figura do estupro (CP, art. 213). O art. 223 do CP, por sua vez, foi revogado e as formas qualificadas do delito de estupro (antes previstas no art. 223) passaram a integrar os §§ 1º (1ª parte) e 2º do art. 213 do CP. Finalmente, o art. 224 do CP, que presumia a violência em alguns delitos, também foi expressamente revogado, tendo sido criado o tipo autônomo denominado "estupro de vulnerável", de modo que não há mais que se falar em violência presumida e, portanto, na incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/90. Preceitua, ainda, o art. 9º que as penas dos aludidos delitos, acrescidas de metade, deveriam respeitar o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do CP. Ora, referida prescrição legal, igualmente, perdeu o sentido, na medida em que não se cogita mais da incidência da causa de aumento de pena em estudo.

Art. 218 – Corrupção de menores

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O art. 218 do CP dispunha acerca do delito de corrupção de menores, agora, com a inovação legislativa, sem qualquer nomenclatura legal, passou a tratar da mediação de menor de 14 anos para satisfação da lascívia de outrem, antes, previsto genericamente no art. 227 do CP. Com efeito, o art. 227 do CP pune a ação de induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: (a) com pena de reclusão, de um a três anos, se a vítima for adulta; (b) se for maior de 14 e menor de 18 anos (§ 1º), a pena será de reclusão, de dois a cinco anos. No entanto, se a vítima não fosse maior de 14 anos (o que incluía aquela com idade igual a 14 anos), era caso de se presumir a violência nos termos do art. 232 c.c. o art. 224, *a*. A sanção era mais severa: reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência. Com o advento do novo Diploma Legal, os arts. 224 e 232 foram expressamente revogados, não havendo mais que se falar em violência presumida, de forma que, agora, o agente que induzir vítima menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem, responderá pelo crime autônomo do art. 218 do CP, com a nova redação legal, cuja pena é mais branda (reclusão, de dois a cinco anos). Por constituir *novatio legis in mellius*, poderá retroagir para

alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor. Percebam que o dispositivo não se refere à vítima com idade igual a 14 anos, de onde se extrai a conclusão que, nessa hipótese, haverá a configuração do delito do art. 227, *caput*, do CP.

2. OBJETO JURÍDICO

O crime em estudo resguarda, principalmente, a dignidade sexual do menor de 14 anos que é levado a satisfazer a lascívia de outrem. A moral média da sociedade, em segundo plano, também é foco da proteção jurídica, pois o tipo penal incrimina um estágio que podemos considerar inicial ao estímulo da prostituição, qual seja, o de induzir alguém a satisfazer a lascívia de pessoa(s) determinada(s).

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

Consubstancia-se no verbo *induzir*, que significa persuadir, aliciar, levar o menor, por qualquer meio, a praticar uma ação para satisfazer à lascívia de outrem, ou seja, a atender o desejo erótico de terceiro, por exemplo, convencer o menor a desnudar-se. Lascívia diz com a sensualidade, libidinagem.

Distinção: tal delito não deve ser confundido com o previsto no art. 218-A (satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente), pois neste o agente: (a) pratica o ato ou induz o menor apenas a presenciar a ação, de forma que, no caso, não há qualquer conduta realizada pelo menor, ao contrário do delito do art. 218; (b) o ato no caso é especificamente a conjunção carnal (cópula vagínica) ou outro ato libidinoso (coito oral, anal etc.); (c) o ato pode visar satisfazer a lascívia do próprio agente, ao contrário do art. 218 em estudo.

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela, homem ou mulher. O destinatário do lenocínio, ou seja, aquele que satisfaz a sua lascívia com a ação da vítima, por qual crime responde? Conforme a doutrina, não poderá ser coautor do crime em tela, pois não realiza qualquer mediação para satisfazer a lascívia alheia. Note-se que, caso a vítima, menor de 14 anos, seja induzida a praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com outrem, o indutor poderá responder na qualidade de partícipe do crime do art. 217-A (estupro de vulnerável), de forma que, conforme assinala Rogério Sanches Cunha, o tipo penal do art. 218 “limita-se, portanto, às práticas sexuais meramente contemplativas, como por exemplo, induzir alguém menor de 14 anos a vestir-se

com determinada fantasia para satisfazer a luxúria de alguém" (Luiz Flávio Gomes. Rogério Sanches Cunha. Valério de Oliveira Mazzuoli. *Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 53).

3.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, homem ou mulher. O agente deve induzir a vítima a satisfazer a lascívia de, outrem, isto é, de pessoa(s) determinada(s), isto é, de pessoas certas, pois, se a leva a atender a lascívia de um número indeterminado, impreciso, de indivíduos, o crime passará a ser outro: o de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (CP, art. 218-B, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009). Será qualificado o crime se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda (§ 1º, 2ª parte, com redação determinada pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005).

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de induzir a vítima a satisfazer a lascívia alheia, devendo o agente ter ciência de que pratica a conduta em face de menor de 14 anos.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Não se trata de crime habitual. Consuma-se com a prática de qualquer ato pela vítima destinado a satisfazer à lascívia de outrem, não se exige efetiva satisfação sexual desse terceiro, a tentativa é perfeitamente possível.

6. FORMA MAJORADA (ART. 234-A DO CP)

Vide comentários ao art. 234-A, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009.

7. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Trata-se de crime de ação penal incondicionada (CP, art. 225, com as modificações operadas pela Lei n. 12.015/2009). Com relação ao procedimento, *vide* art. 394 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, que passou a eleger critério distinto para a determinação do rito processual a ser seguido. A distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude de esta ser apenada com reclusão ou detenção.

Art. 218-A – Satisfação de lascívia mediante presença de

criança ou adolescente

1. CONCEITO E OBJETO JURÍDICO

Dispõe o art. 218-A do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009: praticar, na presença de alguém menor de 14 anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

O revogado art. 218 do CP (corrupção de menores) tutelava a moral sexual dos maiores de 14 e menores de 18 anos de idade. Na lição de Nélson Hungria, "a lei penal, com a incriminação de que ora se trata, propõe-se à tutela dos adolescentes contra a depravação ou perdição moral, sob o prisma sexual. Entre os mais relevantes interesses da sociedade está a disciplina ético-sexual, segundo as normas de cultura, e como a juventude, em razão mesma da sua fragilidade ou maleabilidade psíquica, está mais exposta à influência maligna da libidinagem e do vício, é natural que a sua pudicícia ou dignidade sexual seja especial objeto da reforçada proteção penal"[1].

O atual dispositivo legal protege a dignidade sexual, a moral sexual, do menor de 14 anos, incriminando a conduta daquele que o expõe aos atos de libidinagem.

Com isso, no tocante às condutas do antigo art. 218 do CP que visem vítima maior de 14 e menor de 18 anos, operou-se verdadeira *abolitio criminis*, devendo a Lei alcançar os fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

O tipo penal pune a ação de *praticar*, na presença de alguém menor de 14 anos, *ou induzi-lo* (convencê-lo, persuadi-lo, aliciá-lo, levá-lo) a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem.

Incrimina-se, dessa forma, a realização de conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso, pelo agente com outrem, na presença de menor de catorze anos.

Da mesma maneira, incrimina-se a ação de persuadir menor a assistir a prática da conjunção carnal ou outros atos libidinosos levados a efeito por terceiros.

Em ambas as condutas típicas, não há qualquer contato corporal do menor com o agente ou com outrem. Nesse contexto, ao contrário do delito anterior, o menor não pratica qualquer ato de cunho sexual, isto é, não é induzido a praticar

o ato libidinoso em si mesmo (por exemplo: masturbação); ou com terceiro (por exemplo: manter conjunção carnal). Interessante notar que, antes da edição da Lei n. 12.015/2009, o indivíduo menor de 14 anos que presenciasse atos de libidinagem sem deles participar, fato que não podia sequer ser enquadrado no crime de corrupção de menores, pois a idade mínima exigida era de 14 anos[2], omissão esta que acabou sendo corrigida.

Deve-se comprovar no caso que o agente determinou a vontade do menor. Assim, se este, por acaso, surpreende um indivíduo praticando atos libidinosos, e se mantém na espreita para assisti-los, não há aqui qualquer ato de induzimento do menor[3].

O tipo penal refere-se à conjunção carnal e aos atos libidinosos, isto é, todos aqueles capazes de provocar a libido da vítima, de despertar nela o gosto pelos prazeres sexuais. Sobre o tema, *vide* comentários ao art. 213 do CP.

Basta o cometimento de um único ato libidinoso para que o crime se configure. Prescinde-se da habitualidade da conduta.

Finalmente, caso o agente induza o menor de 14 anos a ter com ele conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, portanto, a satisfazer a lascívia própria, terá a sua conduta enquadrada no art. 217-A (estupro de vulnerável).

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Tanto o homem quanto a mulher pode praticá-lo.

2.3. Sujeito passivo

Sujeito passivo é a pessoa menor de 14 anos, ainda que corrompida. Ao contrário da antiga redação do art. 218 do CP, deixou a lei de tutelar os maiores de 14 e menores de 18 anos de idade que são induzidos a presenciar a prática da conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos.

Da mesma forma, a Lei não tutela a vítima com idade igual a 14 anos, isto é, se o crime for praticado no dia do 14º aniversário dela, não há que se falar no delito em estudo.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar, na presença de alguém menor de 14 anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, com o fim especial de satisfazer lascívia própria ou de outrem (elemento subjetivo do tipo). Lascívia diz com a sensualidade, libidinagem.

O agente deve ter ciência a respeito da idade da vítima, pois, do contrário,

poderá haver erro de tipo (CP, art. 20).

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime com a prática, na presença de alguém menor de 14 anos, da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. No ato de induzir, o crime se consuma no instante em que o menor é efetivamente convencido, levado pelo agente a presenciar o ato sexual. A tentativa é perfeitamente admissível em ambas as modalidades delituosas.

Art. 218-B – Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

1. CONCEITO

Sob a epígrafe, "Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável", contempla o art. 218-B do CP, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009, as ações de "Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos".

Na realidade, o art. 244-A do ECA já incriminava a submissão de criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei (a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade), à prostituição ou à exploração sexual. O art. 228, § 1º, do CP, por sua vez, tipificava as ações de induzir ou atrair maior de 14 e menor de 18 anos à prostituição, ou facilitar ou impedir que a abandone.

Prostituição[4] é o comércio habitual do próprio corpo, exercido pelo homem ou mulher, em que estes se prestam à satisfação sexual de indeterminado número de pessoas. Não é necessária a finalidade lucrativa. A prostituição em si, embora seja um ato considerado imoral, não é crime, mas a exploração do lenocínio por terceiros é reprimida pelo Direito Penal, pois os lenões, ao favorecer a prostituição, acabam por fomentá-la ainda mais.

A Lei n. 12.015/2009 se refere a qualquer outra forma de exploração sexual, que não só a prostituição. A "prostituição" passa, portanto, a ser uma das formas de "exploração sexual". Tal expressão já fazia parte de documentos internacionais. *Vide* art. 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças

(promulgado pelo Decreto n. 5.017, de 12-3-2004).

2. OBJETO JURÍDICO

Com a nova nomenclatura, o crime em estudo tutela, principalmente, a dignidade sexual do indivíduo, vulnerável, que é levado à prostituição ou outra forma de exploração sexual. Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. Em segundo plano, protege-se a moral média da sociedade, os bons costumes.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

As ações nucleares típicas consubstanciam-se nos verbos: *a*) *submeter:* sujeitar, entregar; *b*) *induzir:* persuadir, isto é, atuar sobre o convencimento da vítima, criando-lhe na mente a ideia de se prostituir ou de ser explorada sexualmente; *c*) *atrair*: seduzir, fascinar, chamar a atenção da vítima para o fato de se prostituir; entretanto não há uma atuação persistente e continuada no sentido de fazê-la mudar de ideia e iniciar a prostituição. Importa em atividade de menor influência psicológica do que a indução, pois o agente propaga a ideia, sem atuar tão decisiva e diretamente sobre a mente da pessoa. Pode-se, por exemplo, atrair, simplesmente levando a pessoa para o ambiente, sem, no entanto, ficar dizendo que ela tem de se prostituir; *d*) *facilitar:* favorecer o meretrício, prestar qualquer forma de auxílio, por exemplo, arranjando cliente; *e*) *impedir o abandono:* significa obstar, obstruir, não consentir, proibir, tornar impraticável a saída da vítima do prostíbulo. Aqui a vítima já exerce o meretrício e é impedida de abandonar essa função; *f*) *dificultar que alguém a abandone:* significa tornar difícil ou custoso de fazer; pôr impedimentos, por exemplo, condicionar a saída da prostituta do meretrício ao pagamento de dívidas que ela possua com o seu aliciador.

A Lei n. 12.015/2009, como já visto, faz referência à qualquer outra forma de exploração sexual, que não só a prostituição. A “prostituição” passa, portanto, a ser uma das formas de “exploração sexual”, termo este mais abrangente.

É possível a prática do crime por omissão, desde que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado. Assim, cometem o crime em questão “o pai, tutor e curador que aceitam e toleram a prostituição de pessoa que lhe é sujeita e cuja educação, orientação e guarda lhes compete”[14].

Se o delito for cometido com emprego de violência ou grave ameaça, não haverá a configuração de crime qualificado por ausência de previsão legal, mas apenas o concurso de delitos pela violência empregada.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticar o delito em análise.

3.3. Sujeito passivo

É o menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Até mesmo a própria prostituta[5], pois o tipo penal prevê a conduta de facilitar a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou impedir ou dificultar que alguém a abandone.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de submeter, induzir ou atrair o menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone.

Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (cf. § 1º).

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime se consuma no momento em que a vítima passa a se dedicar habitualmente à prostituição, após ter sido submetida, induzida, atraída ou ter facilitada tal atuação pelo agente, ou ainda quando já se dedica usualmente a tal prática, tenta dela se retirar, mas se vê impedida pelo autor. Convém ressaltar que não se exige habitualidade das condutas previstas no tipo do art. 218-B, bastando seja praticada uma única ação de induzir, atrair etc. Deve-se consignar, no entanto, que, para a consumação, será necessário que a pessoa induzida passe a se dedicar habitualmente à prática do sexo mediante contraprestação financeira, não bastando que, em razão da indução ou facilitação, venha a manter, eventualmente, relações sexuais negociadas. Assim, o que deve ser habitual não é a realização do núcleo da ação típica, mas o resultado dessa atuação, qual seja, a prostituição da ofendida. Não havendo habitualidade no comportamento da induzida, o crime ficará na esfera da tentativa.

A tentativa é perfeitamente admissível em todas as hipóteses. Importa mencionar que esse crime não é reputado delito habitual, de modo que basta que o agente favoreça uma única vez a prostituição para que haja a configuração desse tipo penal.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput*.

6.2. Equiparadas

De acordo com o § 2º, incorre nas mesmas penas: (a) quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 e maior de 14 anos na situação descrita no *caput* do artigo (inc. I). Se a vítima for menor de 14 anos, ou por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, haverá o delito de estupro de vulnerável; (b) o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* do artigo (inc. II). Obviamente que eles devem ter ciência que as mesmas ocorrem dentro do seu estabelecimento. Nesta última hipótese, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento (§ 3º).

6.3. Majorada (art. 234-A do CP)

Vide comentários ao art. 234-A, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009.

7. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

De acordo com o art. 225 do CP, "Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável".

No que se refere ao procedimento, *vide* art. 394 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, que passou a eleger critério distinto para a determinação do rito processual a ser seguido. A distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude de esta ser apenada com reclusão ou detenção.

1 Nélson Hungria, *Comentários*, cit., v. 8, p. 181.
2 Cf. E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 128.

3 Nélson Hungria, *Comentários*, cit., v. 8, p. 186.

4 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 255. No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete, *Manual*, cit., v. 2, p. 459.

5 “Penal. Favorecimento da prostituição. Menor. Configuração do crime. Súmula 7/STJ. 1. Existe favorecimento quando a pessoa é levada à prostituição ou impedida de abandoná-la, não excluindo a facilitação o fato de a vítima (menor) já ser prostituta, revelando, inclusive, haver percorrido diversos lugares nas mesmas circunstâncias. No entanto, em sede de recurso especial, verificar se houve efetivamente facilitação à prostituição importa, pelo menos no caso em tela, em profundo revolvimento do contexto probatório, com maltrato à Súmula 7 do STJ. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, 6ª T., REsp 118.181-MG, rel. Min. Vicente Leal, j. em 7-10-1997, *DJ* de 24-11-1997, p. 61288).

CAPÍTULO III – DO RAPTO

Art. 219 – Rapto violento ou mediante fraude

Dispunha o art. 219 do CP:

> Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:
> Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

A Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que entrou em vigor no dia 29 de março de 2005, data de sua publicação, revogou todas as modalidades de crime de rapto previstas nos arts. 219 a 222 do *Codex*. A partir da entrada em vigor da Lei n. 11.106/2005, a privação, com fim libidinoso, da liberdade de qualquer pessoa será enquadrada no crime de sequestro ou cárcere privado na forma qualificada (art. 148, § 1º, V, do CP).

Art. 220 – Rapto consensual

Dispunha o art. 220:

> Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento:
> Pena – detenção, de um a três anos.

Com o advento da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, o referido dispositivo legal foi expressamente revogado pelo seu art. 5º, o qual também operou a revogação dos arts. 219 (rapto violento ou mediante fraude), 221 (rapto privilegiado) e 222 (concurso material de crimes). O indivíduo que, com o consentimento da ofendida (vítima maior de 14 e menor de 18 anos), isto é, sem o emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a retira de sua esfera de proteção jurídica, para fim libidinoso, a partir do novel diploma legal comete, assim, fato atípico. Trata-se de verdadeira *abolitio criminis*. Como o comportamento deixou de constituir infração penal, o Estado perde a pretensão de impor ao agente qualquer pena, razão pela qual se opera a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do CP.

Consequências da *abolitio criminis*: o inquérito policial ou o processo são imediatamente trancados e extintos, uma vez que não há mais razão de existir; se já houve sentença condenatória, cessam imediatamente a sua execução e todos os seus efeitos penais, principais e secundários; os efeitos extrapenais, no entanto, subsistem, em face do disposto no art. 2º, *caput*, do CP, segundo o qual cessam apenas os efeitos penais da condenação.

No tocante ao rapto privilegiado, dispunha o art. 221:

> É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à

disposição da família.

Previa o dispositivo penal duas causas de diminuição de pena, as quais eram aplicáveis tanto ao rapto violento, fraudulento, quanto ao consensual. As circunstâncias elencadas no dispositivo penal eram autônomas, de modo que incidiam isoladamente ou cumulativamente. As mencionadas causas de diminuição de pena foram revogadas expressamente pelo art. 5º da Lei n. 11.106/2005, juntamente com os arts. 220, 221 e 222 do CP.

Finalmente, previa o art. 222 do CP:

> Se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime.

Tal regra também foi revogada pelo art. 5º da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, juntamente com os arts. 219, 220 e 221 do CP.

CAPÍTULO IV – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 223 – Formas qualificadas

Previa o art. 223 os crimes contra os costumes qualificados pelo resultado:

Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de oito a doze anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta a morte:

Pena – reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

Atualmente, as formas qualificadas pelo resultado estão previstas nos § § 1º (1ª parte) e 2º, do art. 213, conforme modificações operadas pela Lei n. 12.015/2009. Estavam antes contempladas no art. 223 do CP, o qual foi expressamente revogado pelo aludido Diploma Legal. Sobre o tema, *vide* comentários constantes do art. 213 do CP.

Art. 224 – Presunção de violência

Previa o art. 224 três hipóteses em que se presumia a violência para a configuração dos crimes contra a dignidade sexual. Se a vítima: (a) não fosse maior de 14 anos; (b) fosse alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; (c) não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Era a chamada violência ficta. Tinha em vista o legislador circunstâncias em que a vítima não possuía capacidade para consentir validamente ou para oferecer resistência. Com base na presença dessas circunstâncias, criou-se uma presunção legal do emprego de violência, pois, se não havia capacidade para consentir ou para resistir, presumia-se que o ato foi violento. Diferia da violência real, pois nesta havia efetiva coação física ou moral.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, sob a nomenclatura “estupro de vulnerável”, o *Codex* passou a reprimir em tipo penal autônomo a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (vetado). § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de doze a 30 (trinta) anos” (CP, art. 217-A). Sobre o tema, *vide* comentários ao art. 217-A do CP.

Causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90 e a revogação dos arts. 214, 223 e 224 do CP pela Lei n. 12.105/2009. Como já analisado, anteriormente, com o advento da Lei n. 12.015/2009, os arts. 214, 223 e 224 do CP foram expressamente revogados. Em apertada síntese, podemos afirmar que:

a) Os elementos do delito de atentado violento ao pudor (CP, art. 214) passaram a ser abarcados expressamente pela figura do estupro (CP, art. 213).

b) As formas qualificadas do delito de estupro (antes previstas no art. 223) passaram a integrar os § § 1º (1ª parte) e 2º do art. 213 do CP.

c) As hipóteses do art. 224 do CP (violência presumida), de outro lado, passaram a constituir tipo penal autônomo (CP, art. 217-A), sob a rubrica "estupro de vulnerável", com sanções próprias, distintas das reprimendas impostas ao crime sexual praticado com violência real. Antes, o operador do direito necessitava lançar mão da ficção legal contida no art. 224 do CP para lograr enquadrar o agente nas penas do art. 213 ou do revogado art. 214 do CP. Agora, a subsunção típica do fato será direta no 217-A do CP, o qual, inclusive dispôs sobre figuras qualificadas pelo resultado: "§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos" (CP, art. 217-A).

Ora, com a revogação dos arts. 214, 223 e 224 do CP, como fica a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos?

Cumpre analisar, para tanto, as hipóteses do art. 9º da Lei n. 8.072/90, em face das modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009:

a) Segundo a letra do art. 9º, as penas fixadas para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º; 158, § 2º; 159, *caput* e seus § § 1º, 2º e 3º; seriam acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das *hipóteses referidas no art. 224 também do CP*. Uma vez que o art. 224 do CP foi revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009 e as condições nele previstas integram tipo autônomo específico (CP, art. 217-A – estupro de vulnerável), que não tem aplicação genérica sobre outros delitos, não há mais que se cogitar na incidência da aludida causa de aumento de pena nos delitos patrimoniais (arts. 157, § 3º; 158, § 2º; 159, *caput* e seus § § 1º, 2º e 3º). Por se tratar de lei penal mais benéfica, deverá retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

b) Consoante a redação do art. 9º, as penas fixadas para os crimes capitulados

no art. 213, *caput, e sua combinação com o art. 223,* caput *e parágrafo único;* seriam acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no *art. 224 também do CP.* Em primeiro lugar, como já dito, o art. 223 do CP foi revogado e as formas qualificadas do delito de estupro (antes previstas no art. 223) passaram a integrar os § § 1º (1ª parte) e 2º do art. 213 do CP. Cuida-se de hipótese igualmente prevista no revogado art. 223 do CP, com uma diferença: a anterior pena de reclusão, de 12 a 25 anos, se resultar morte, foi modificada, passando o limite máximo a ser de 30 anos de reclusão. Em segundo lugar, o art. 224 do CP igualmente foi revogado, não havendo mais que se falar em sua incidência sobre as aludidas figuras criminosas. Finalmente, foi colocado um fim na celeuma que girava em torno da questão de se saber se, no caso de estupro com violência presumida, o art. 224 poderia assumir também a função de causa de aumento de pena. Diante disso, não mais incide a causa de aumento de pena do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos sobre as aludidas figuras criminosas. Por se tratar de lei penal mais benéfica, deverá retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

c) Conforme o teor do art. 9º, as penas fixadas para os crimes capitulados no *art. 214 e sua combinação com o art. 223,* caput *e parágrafo único, todos do Código Penal,* seriam acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no *art. 224 também do CP.* Como já estudado, o crime de atentado violento ao pudor foi expressamente revogado, mas os seus elementos foram abarcados pela figura do estupro (CP, art. 213). O art. 223 do CP, por sua vez, foi revogado e as formas qualificadas do delito de estupro (antes previstas no art. 223) passaram a integrar os §§ 1º (1ª parte) e 2º do art. 213 do CP. Finalmente, o art. 224 do CP também foi expressamente revogado, de modo que não há que se falar mais na incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/90 sobre o delito de atentado violento ao pudor. Trata-se de lei penal que favorece o réu, o que possibilita a sua retroação para atingir fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

d) Preceitua o art. 9º que as penas dos aludidos delitos, acrescidas de metade, deveriam respeitar o limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do CP. Ora, referida prescrição legal, igualmente, perdeu o sentido, na medida em que não se cogita mais da incidência da causa de aumento de pena em estudo.

Art. 225 – Ação penal

Regra. Prevê o art. 225, com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009: "Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação". Portanto, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual não é mais de iniciativa privada, tal como defluia da antiga regra legal. A ação penal de pública condicionada à representação, que era exceção, cabível apenas se a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo sem que se privassem dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (§ 1º, I, c.c. o § 2º do art. 225 do CP), passou a ser a regra com a nova sistemática do Código Penal.

No caso do estupro, se fosse empregada violência real, nos termos da Súmula 608 do STF, a ação penal seria pública incondicionada. O mesmo ocorria nos crimes contra a dignidade sexual dos quais resultassem lesões corporais de natureza grave ou morte. É que o art. 225, situado no Capítulo IV, expressamente mencionava: "Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa". Como o estupro e o atentado violento ao pudor, quando qualificados pelo resultado lesão grave e morte, encontravam-se no próprio Capítulo IV, não havia falar em incidência do mencionado art. 225, e a ação era pública incondicionada[1]. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o art. 225 é expresso no sentido de que "nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação", não havendo mais qualquer dúvida de que se refere também ao delito de estupro com resultado lesão corporal leve, grave ou gravíssima; e ao estupro com resultado morte.

Exceções:

a) Ação penal pública incondicionada: se a vítima é menor de 18 anos (CP, art. 225, parágrafo único, com a redação determinada pela Lei n. 12.015/2009). Caso a vítima tenha idade igual ou superior a 18 anos, a ação penal será pública condicionada à representação (CP, art. 225, *caput*). Se o crime for cometido a partir da zero hora do dia em que a vítima completa 18 anos, a ação já passa a ser pública condicionada à representação.

b) Ação penal pública incondicionada: se a vítima é pessoa vulnerável. Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e

envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual. Não se confundem vulnerabilidade e a presunção de violência da legislação anterior. São vulneráveis os menores de 18 anos, mesmo que tenham maturidade prematura. Não se trata de presumir incapacidade e violência. A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade.

Irretroatividade da norma. Por força de o aludido Diploma Legal ter ampliado o poder punitivo estatal, ao privar o acusado dos institutos benéficos inerentes à ação penal privada, que davam causa à extinção da punibilidade, não há dúvida de que estamos diante de uma *novatio legis in pejus*, não podendo, portanto, retroagir para atingir fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

Art. 226 – Aumento de pena

O art. 226 do CP dispunha que a pena seria aumentada de quarta parte em todas as situações mencionadas nos três incisos desse artigo: a) se o crime fosse cometido com o concurso de duas ou mais pessoas (inc. I); b) se o agente fosse descendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tivesse autoridade sobre ela (inc. II); c) se o agente fosse casado (inc. III).

Com o advento da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, o dispositivo passou a ser assim redigido:

> A pena é aumentada:
>
> I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;
>
> II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Passemos à sua análise.

Dessa forma, a pena é aumentada:

a) *De quarta parte*, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas (inc. I): a Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que entrou em vigor em 29 de março de 2005, data de sua publicação, nesse aspecto, praticamente

não operou qualquer alteração substancial no inciso I, dado que, na redação anterior do art. 226, o aumento de quarta parte era genericamente previsto no *caput* desse artigo. A redação atual desse dispositivo penal apenas cuidou de prever especificamente para a hipótese do inciso I o limite de aumento de pena de quarta parte. No caso, tal alteração não implicou *reformatio in pejus*, pois a lei manteve o tratamento penal anterior. Não piorou nem melhorou a situação do réu.

Para a incidência dessa causa de aumento de pena, os sujeitos podem atuar em coautoria ou participação. Esta pode se dar em qualquer fase do delito, não somente na execução.

b) *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 (inc. II): a Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, nessa parte, operou algumas modificações substanciais. Em primeiro lugar, o limite de aumento de pena foi modificado: a pena será aumentada *de metade*, e não mais de quarta parte, se presente uma das situações elencadas no inciso II. A lei, assim, tornou mais gravosa a reprimenda penal, de modo que não poderá retroagir para prejudicar o réu. Em segundo lugar, foi ampliado o rol do inciso II do art. 226, de modo que também incide o aumento de pena se o sujeito ativo for *madrasta*, *tio*, *cônjuge* ou *companheiro* da vítima. Quanto a essas modificações operadas pela nova lei, estamos diante, novamente, de uma *reformatio in pejus*, uma vez que ampliou o rol de pessoas que se sujeitarão ao aumento de pena previsto no inciso II, não podendo, por mais esse motivo, retroagir para prejudicar o réu. Quanto ao companheiro, tal inclusão atendeu ao preceito constitucional que equiparou a união estável ao casamento (CF, art. 226, § 3º). Não se justificava tratamento penal diferenciado ao companheiro, quando a própria Carta Magna cuidou de equipará-lo ao cônjuge. Vale mencionar que, recentemente, o Plenário do STF reconheceu como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo (ADPF n. 132, cf. Informativo do STF n. 625, Brasília, 2 a 6 de maio de 2011).

Convém notar que a previsão do inciso II é bastante ampla, abrangendo situações de fato ou legais e incluindo a autoridade oriunda de "qualquer outro título". Podemos citar como exemplo desse último a autoridade do carcereiro sobre a detenta e a do amásio da mãe da vítima[17].

Finalmente, pode suceder o concurso das causas de aumento de pena já citadas. Nos termos do parágrafo único do art. 68 do CP, o Juiz pode limitar-se à aplicação da causa que mais aumente, desprezando as demais.

c) O inciso III foi revogado pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, e previa que a pena seria aumentada se o agente fosse casado. Isso se justificava porque o casamento era considerado causa extintiva da punibilidade (art. 107, VII e VIII, do CP), sendo visto como uma forma de reparar o mal infligido à vítima. Como a nova lei, no entanto, revogou o casamento como causa extintiva da punibilidade, por coerência também o fez com relação a essa majorante. Por se tratar de *novatio legis in melius*, retroage para beneficiar o agente.

Extinção da punibilidade

Previa o art. 107 do CP duas causas extintivas da punibilidade:

> Extingue-se a punibilidade:
>
> (...)
>
> VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;
>
> VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

Em tais hipóteses, o crime havia sido consumado, mas o subsequente matrimônio acarretava a extinção da punibilidade. Tais causas extintivas da punibilidade foram revogadas pela Lei n. 11.106/2005.

Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006

Tendo em vista o disposto no § 8º do art. 226 da CF, na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Violência contra a Mulher, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e em outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil (veja art. 1º), foi editada a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, a qual: a) criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; b) dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; c) estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

De acordo com o art. 5º, a violência doméstica ou familiar consiste em

> qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a

ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Em seu art. 6º, cuidou a lei de enumerar as formas de violência doméstica ou familiar contra a mulher. O conceito é bastante amplo, não se restringindo apenas à violência física (qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher), mas também abarcando a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral. A violência sexual, segundo a lei, consiste em qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

1 Cf. a tese n. 5 formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, “A conduta do amásio que abusa sexualmente da filha menor de sua companheira, com quem coabitava, enquadra-se na causa de aumento de pena prevista no aludido dispositivo legal. Inteligência do art. 226, II, última figura, do CP” (*PHOENIX*, 2003).

CAPÍTULO V – DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Art. 227 – Mediação para servir a lascívia de outrem

1. CONCEITO

Dispõe o art. 227 do Código Penal: "Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena – reclusão, de um a três anos".

2. OBJETO JURÍDICO

O crime em estudo resguarda, principalmente, a dignidade sexual do indivíduo que é levado a satisfazer a lascívia de outrem. Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. O valor da pessoa humana passa a ser o objeto jurídico dos delitos contemplados nos Capítulos IV e V. Procura-se, no entanto, também, com esse amparo legal, impedir o desenvolvimento desenfreado da prostituição, o qual é, comumente, estimulado pela ação de terceiros que exploram o "comércio carnal". A moral média da sociedade, portanto, em segundo plano, também é foco da proteção jurídica. Embora esse tipo penal não puna a ação de induzir o menor a satisfazer a lascívia de um número indeterminado de pessoas, isto é, a prostituição, ele incrimina um estágio que podemos considerar inicial ao estímulo da prostituição, qual seja, o de induzir alguém a satisfazer a lascívia de pessoa(s) determinada(s).

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

Consubstancia-se no verbo *induzir*, que significa persuadir, aliciar, levar alguém, por qualquer meio, a praticar uma ação para satisfazer a lascívia de outrem, ou seja, a satisfazer o desejo erótico de terceiro. Lascívia diz com a sensualidade, libidinagem. Abrange a prática de qualquer ato libidinoso para satisfazer a lascívia de outrem.

Note-se que o agente deve induzir a vítima a satisfazer a lascívia de pessoa(s) determinada(s), isto é, de pessoas certas, pois, se a leva a satisfazer a lascívia de um número indeterminado, impreciso, de indivíduos, o crime passará a ser outro: favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (CP, art. 228, com a redação determinada pela Lei n. 12.015/2009) ou o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, se o induzido for menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou

deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato (CP, art. 218-B, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009).

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela, homem ou mulher. O destinatário do lenocínio, ou seja, aquele que satisfaz a sua lascívia com a ação da vítima, por qual crime responde? Conforme a doutrina, não poderá ser coautor do crime previsto no art. 227, pois não realiza qualquer mediação para satisfazer a lascívia alheia.

Interessante hipótese é a vítima que, induzida a satisfazer a lascívia de outrem, acabe sendo estuprada pelo destinatário do lenocínio. Diferentes podem ser as consequências legais: (a) se o indutor agiu com dolo direto ou eventual com relação ao estupro, deverá responder como partícipe desse crime, ficando o lenocínio absorvido em face do princípio da consunção; (b) se houve culpa em relação ao crime previsto no art. 213 do CP, o agente responderá apenas por lenocínio, diante da impossibilidade de participação culposa em crime doloso. Convém ressaltar não ser suficiente que o indutor preveja a possibilidade de o estupro ocorrer; além da previsão, é imprescindível que ele queira tal desfecho ou não se importe com sua ocorrência (dolo eventual).

3.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, homem ou mulher. Exclui-se o inteiramente corrompido, pois, no caso, não há necessidade de induzir, persuadir aquele para satisfazer a lascívia de outrem[1].

Convém, ainda, trazer algumas distinções:

a) Se a vítima é maior de 14 e menor de 18 anos, incide a qualificadora prevista no § 1º.

b) Se a vítima é menor de 14 anos, poderá haver o crime do art. 218 do CP, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015/2009. Percebam que o dispositivo não se refere à vítima com idade igual a 14 anos, de onde se extrai a conclusão de que, nessa hipótese, haverá a configuração do delito do art. 227 do CP.

c) Antes das modificações operadas pela Lei n. 12.015/2009, se a vítima não fosse maior de 14 anos (o que incluía aquela com idade igual a 14 anos), era caso de se presumir a violência nos termos do art. 232 c.c. o art. 224, *a*. A sanção era mais severa: reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência. Com o advento do novo Diploma Legal, os arts. 224 e 232 foram expressamente revogados, não havendo mais que se falar em violência

presumida para o delito do art. 227 do CP. Agora, o agente que induzir vítima menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem, responderá pelo crime do art. 218 do CP, com a nova redação legal, cuja pena é mais branda (reclusão, de dois a cinco anos).

d) Finalmente, será qualificado o crime se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda (§ 1º, 2ª parte, com redação determinada pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005). Vale mencionar que, recentemente, o Plenário do STF reconheceu como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo (ADPF n. 132, cf. Informativo do STF n. 625, Brasília, 2 a 6 de maio de 2011).

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de induzir a vítima a satisfazer a lascívia alheia.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Não se trata de crime habitual. Consuma-se com a prática de qualquer ato pela vítima destinado a satisfazer a lascívia de outrem. Não se exige efetiva satisfação sexual desse terceiro. A tentativa é perfeitamente possível. Dessa forma, haverá a tentativa se houver o emprego de meios idôneos a induzir a vítima a satisfazer o desejo sexual de terceiro e, quando esta estiver prestes a praticar qualquer ato de cunho libidinoso, for impedida por terceiros.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput*.

6.2. Qualificadas

Estão contempladas nos § § 1º, 2º e 3º.

§ 1º, 1ª parte: "Se a vítima é maior de catorze e menor de dezoito anos". Se a vítima for menor de 14 anos, haverá o crime do art. 218 do CP, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015/2009. Sobre o tema, *vide* comentários constantes do item *3.3. Sujeito passivo.*

§ 1º, 2ª parte: "ou se o agente é seu ascendente, descendente, *cônjuge* ou *companheiro*, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda. Pena – reclusão, de dois a cinco anos" (§ 1º, 2ª parte, com a redação determinada pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005).

Esse rol, por ser taxativo, não abrangia a esposa da vítima, uma vez que o dispositivo legal se referia expressamente ao "marido" da vítima. No tocante ao companheiro, entendíamos que a qualificadora incidia nesse caso, uma vez que a união estável foi equiparada ao casamento, nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Não se tratava de interpretação extensiva ou analógica, mas meramente declarativa. Com a edição da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, a 2ª parte do § 1º do art. 227 sofreu importantes modificações: (a) a lei cuidou de substituir a expressão "marido" por "cônjuge", passando, portanto, também a abranger a esposa; (b) atendendo ao comando constitucional, inclui o companheiro nesse rol legal. Essa expressão deve ser interpretada no sentido de também abranger a "companheira", assim como a expressão "cônjuge" inclui o marido e a mulher. Não há razão para operar qualquer tratamento distinto nesse caso. Trata-se de lei penal que agrava a situação do acusado ou réu, já que, caso se encontre em uma das novas situações trazidas pela Lei, a sanção penal será mais severa, não podendo, portanto, retroagir para atingir fatos praticados antes de sua entrada em vigor. Nas hipóteses em que o agente é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador da vítima, temos o chamado lenocínio familiar. Esse rol, como já dissemos, é taxativo, portanto, não abrange, por exemplo, o enteado. A majorante incidirá também se a vítima estiver confiada ao agente para fins de educação (p. ex.: professor que está incumbido de ministrar aulas particulares à vítima), tratamento (p. ex.: psiquiatra que está incumbido de realizar seu tratamento), ou guarda (p. ex.: padrasto).

§ 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". Esse parágrafo não só prevê mais uma forma qualificada do crime em estudo, como também menciona a regra do concurso material de crimes (art. 227, § 2º, e lesão corporal, p. ex.).

§ 3º: "Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa". É chamado lenocínio questuário. O sujeito ativo é levado à prática delitiva com o escopo de obter lucro. Não é necessário que ele efetivamente obtenha a vantagem econômica.

6.3. Majorada (art. 234-A do CP)

Vide comentários ao art. 234-A, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009.

7. AÇÃO PENAL, PROCEDIMENTO E LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Trata-se de crime de ação penal incondicionada.

Com relação ao procedimento, *vide* art. 394 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, que passou a eleger critério distinto para a determinação do rito processual a ser seguido. A distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude de esta ser apenada com reclusão ou detenção.

É cabível o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

Art. 228 – Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

1. OBJETO JURÍDICO

Com a nova nomenclatura, o crime em estudo tutela, principalmente, a dignidade sexual do indivíduo, que é levado à prostituição ou outra forma de exploração sexual. Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. Em segundo plano, protege-se a moral média da sociedade, os bons costumes.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

As ações nucleares do tipo consubstanciam-se nos verbos: *a*) *Induzir* – persuadir, isto é, atuar sobre o convencimento da vítima, criando-lhe na mente a ideia de se prostituir; *b*) *Atrair* – chamar, seduzir, fascinar, chamar a atenção da vítima para o fato de se prostituir; entretanto não há uma atuação persistente e continuada no sentido de fazê-la mudar de ideia e iniciar a prostituição. Importa em atividade de menor influência psicológica do que a indução, pois o agente propaga a ideia, sem atuar tão decisiva e diretamente sobre a mente da pessoa. Pode-se, por exemplo, atrair, simplesmente levando a pessoa para o ambiente, sem, no entanto, ficar dizendo que ela tem de se prostituir; *c*) *Facilitar* – favorecer o meretrício, prestar qualquer forma de auxílio, por exemplo, arranjando cliente; *d*) *Impedir o abandono* – significa obstar, obstruir, não consentir, proibir, tornar impraticável a saída da vítima do prostíbulo. Aqui a vítima já exerce o meretrício e é impedida de abandonar essa função; *e*) *Dificultar que alguém a abandone:* trata-se de conduta típica acrescentada pela Lei n. 12.015/2009. Significa tornar difícil ou custoso de fazer; pôr impedimentos, por exemplo, condicionar a saída da prostituta do meretrício ao pagamento de dívidas que ela possua com o seu aliciador. Note-se que essa

conduta acabava sendo abarcada pela outra ação nuclear típica, consistente em: “impedir o abandono” da prostituição.

É possível a prática do crime por omissão, desde que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado. Assim, cometem o crime em questão “o pai, tutor e curador que aceitam e toleram a prostituição de pessoa que lhe é sujeita e cuja educação, orientação e guarda lhes compete”[2]. Ressalve-
-se que, se a ofendida for menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, haverá o crime previsto no art. 218-B do CP.

A Lei n. 12.015/2009 aumentou a proteção jurídica constante do Capítulo V, ao fazer referência à qualquer outra forma de exploração sexual, que não só a prostituição. A “prostituição” passa, portanto, a ser uma das formas de “exploração sexual”, termo este mais abrangente.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela.

2.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa. Não escapa da proteção legal a pessoa já prostituída[3], pois o tipo penal prevê a conduta de facilitar a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou impedir ou dificultar que alguém a abandone.

Se a vítima for menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, haverá o crime previsto no art. 218-B do CP.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone.

Prevê o § 3º que se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. Sucede, no entanto, que, com a Lei n. 12.015/2009, a pena de multa passou a integrar o preceito secundário do *caput* do art. 228 do CP, não se exigindo mais a finalidade lucrativa para a sua incidência.

4. MOMENTO CONSUMATIVO E TENTATIVA

O crime consuma-se no momento em que a vítima passa a se dedicar habitualmente à prostituição, após ter sido induzida, atraída ou ter tal atuação facilitada pelo agente, ou, ainda, quando já se dedica usualmente a tal prática,

tenta dela se retirar, mas se vê impedida pelo autor. Convém ressaltar que não se exige habitualidade das condutas previstas no tipo do art. 227 do CP, bastando seja praticada uma única ação de induzir, atrair etc.

5. FORMAS

5.1. Simples

Está prevista no *caput*.

5.2. Qualificada

Incidiam as hipóteses do § 1º do art. 227 do CP: "Se a vítima é maior de catorze e menor de dezoito anos ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos". Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o art. 228 passou a prever detalhadamente em seu § 1º os casos em que o delito será qualificado: "Se o agente é ascendente, *padrasto*, *madrasta*, irmão, *enteado*, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, *preceptor ou empregador da vítima*, *ou se assumiu*, *por lei ou outra forma*, *obrigação de cuidado*, *proteção ou vigilância*: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. Assim, algumas modificações legais foram introduzidas: (a) não há mais qualquer referência, no dispositivo legal, a vítima maior de catorze e menor de dezoito anos, pois o fato poderá, agora, configurar crime previsto no art. 218-B (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável: Pena – reclusão, de quatro a dez anos); (b) a nova regra legal afastou a qualificadora na hipótese de crime praticado por descendente; (c) foram inseridas as figuras do padrasto, madrasta, enteado, preceptor ou empregador da vítima; (d) foi substituída a frase: 'pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda' por 'se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância'".

Cumpre lembrar que o art. 232, que previa a incidência do art. 223 (se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8 a 12 anos. Se do fato resulta morte: Pena – reclusão, de 12 a 25 anos), foi revogado expressamente pelo aludido Diploma Legal, assim como o art. 224 (hipóteses de presunção de violência).

5.3. Majorada (art. 234-A do CP)

Vide comentários ao art. 234-A, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009.

6. DISTINÇÃO

Favorecimento da prostituição e casa de prostituição: de acordo com a distinção que nos é trazida por E. Magalhães Noronha, no favorecimento da prostituição, o agente facilita o meretrício de pessoas determinadas. Já na manutenção de casa de prostituição, o agente favorece genericamente o meretrício, por meio da preservação de um local para encontros libidinosos. Não há a conduta de induzir, atrair ou facilitar a prostituição de determinadas pessoas. A conduta do agente consiste apenas em manter uma casa adequada ao desenvolvimento da prostituição[4]. O favorecimento, portanto, é genérico, de modo que quem mantém casa de prostituição já está com essa conduta facilitando o meretrício, de forma que, diante do concurso aparente de normas, incidirá o crime previsto no art. 229, e não o delito em estudo (CP, art. 228)[5]. Cumpre notar que a Lei n. 12.015/2009 alterou a redação do art. 229 do CP, de modo que o tipo penal não se refere mais à manutenção de "casa de prostituição", mas de "estabelecimento em que ocorra exploração sexual".

Art. 229 – Casa de prostituição

1. CONCEITO

Dispõe o art. 229 do CP, com a redação determinada pela Lei n. 12.015/2009: "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, e multa". O tipo penal, portanto, não mais se refere à manutenção de casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso. Como já visto nos comentários ao art. 228 do CP, a Lei n. 12.015/2009 acabou por ampliar a tutela jurídica dos crimes contemplados no Capítulo V, ao mencionar qualquer outra forma de exploração sexual, que não só a prostituição, em consonância, inclusive, com os documentos internacionais. A "prostituição" passa, portanto, a ser uma das formas de "exploração sexual". Desse modo, o título do crime "Casa de Prostituição" é inadequado, por não revelar a atual amplitude do delito.

2. OBJETO JURÍDICO

Com a nova rubrica do Capítulo V, mudou-se o foco da proteção jurídica. Tem-se em vista, agora, principalmente, a proteção da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual. Secundariamente, protege-se também os bons costumes.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo consubstancia-se no verbo *manter*, isto é, conservar, sustentar *estabelecimento em que ocorra exploração sexual*.

A antiga figura penal se referia à casa de prostituição ou qualquer lugar destinado a encontros amorosos. Interpretava-se este último de forma restrita, isto é, somente se enquadrava nesse conceito o local para encontro de prostituição. Assim não podia ser considerado o local destinado para encontro de amantes, namorados, companheiros (os "motéis" ou "hotéis de alta rotatividade"). Segundo Delmanto, "relativamente a 'lugar destinado a encontros para fim libidinoso', a dúvida que existe concerne ao conceito amplo (qualquer modalidade de encontro libidinoso) ou restrito ao encontro para a prostituição, consoante o título do crime do art. 229. Esta última é a tendência atual, tipificando-se a infração apenas quando há a prostituição e não em caso de motéis ou hotéis de 'alta rotatividade', em que há fim libidinoso mas não de prostituição. Assevera Heleno Fragoso: 'a incriminação do fato só tem relevância enquanto se trate de *local de prostituição* (como se pode ver da rubrica lateral). Daí a hesitação das autoridades em reprimir o fato que a nosso ver *não configura o delito*' (*Jurisprudência Criminal*, 1979, v. I, n. 46)". Nesse sentido, havia se manifestado o Superior Tribunal de Justiça: "A casa de prostituição não realiza ação dentro do âmbito de normalidade social, ao contrário do motel que, sem impedir a eventual prática de mercadoria do sexo, não tem como finalidade única e essencial favorecer o lenocínio"[6]. No tocante à casa de massagem, banho, ducha, *relax* e bar, a simples manutenção destes também entendia-se que não configurava o delito em estudo[7], pois era necessário comprovar que os empregados se prestavam a exercer a prostituição.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, haverá a configuração típica se o agente mantiver estabelecimento em que ocorra qualquer forma de exploração sexual, que não só a prostituição. Trata-se, portanto, de expressão mais abrangente. Além do que, não se exige mais que o lugar seja destinado especificamente a encontros para fim libidinoso, que tenha a única finalidade favorecer o lenocínio, bastando-se a comprovação de que no local ocorra a exploração sexual. Pune-se, portanto, o proprietário de qualquer estabelecimento, destinado ou não à prostituição, em cujo interior ocorra a exploração sexual, por exemplo, indivíduo que possui um restaurante, mas, que em sua edícula permite encontro de clientes com prostitutas. O mesmo ocorre com a manutenção de casas de massagem, banho, ducha, *relax*. Caso se comprove que no interior haja a exploração sexual, haverá o enquadramento típico.

Tendo em vista o verbo empregado pelo tipo penal, *manter*, estamos diante de um crime habitual e permanente. Segundo Noronha, ao comentar os delitos em estudo, bem como o rufianismo, "são ambos crimes permanentes, porque a consumação protrai-se no tempo, dependendo da vontade do agente; o estado antijurídico *permanece* dependente do querer do sujeito ativo. São crimes habituais por traduzirem um *sistema de vida*"[8]. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que: "No delito do art. 229, do CP, a prova da habitualidade prescinde de sindicância prévia podendo ser demonstrada por outros meios, inclusive depoimentos de testemunhas. Recurso desprovido"[9].

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa (homem ou mulher) que mantenha estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou a intermediação direta deles. Dispensa-se que o agente obtenha proveito econômico com a exploração sexual exercida em seu estabelecimento. Assim, no caso de exercício de prostituição no local, se dispensa a mediação direta entre o proprietário da casa, a prostituta e o seu cliente, ou seja, não se exige que o proprietário realize qualquer captação de clientela.

O proprietário de um imóvel que o aluga para determinado fim comercial (por exemplo, clínica estética para homens), vindo o inquilino a nele manter estabelecimento para exploração sexual sem o conhecimento daquele, não pode ser considerado coautor desse crime[10].

Também se exclui dessa tipificação legal a conduta da prostituta que aluga um imóvel para exercer o meretrício, pois não é crime prostituir-se. Mesmo que várias prostitutas mantenham um imóvel com esse fim, a conduta será atípica, pois tem de existir a figura de terceira pessoa que mantenha e administre o estabelecimento com o fim de proporcionar os encontros sexuais. Caso a pessoa que administre o local também seja prostituta, responderá ela por esse delito, pois não está somente exercendo o meretrício por si só.

3.3. Sujeito passivo

É a vítima (homem ou mulher) da exploração sexual. A coletividade, secundariamente, também é vítima desse crime.

Para Rogério Sanches Cunha, "A coletividade também poderia ser ofendida, mas nesse caso remotamente. O risco sempre de se colocar a coletividade como sujeito passivo nos crimes sexuais consiste na inclinação 'moralizante' que daí resulta. Desde o advento do secularismo (distinção entre pecado e crime) temos

que evitar essa tendência moralizante do Direito penal”[11].

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de manter estabelecimento em que ocorra a exploração sexual. O intuito lucrativo é irrelevante.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Ocorre a consumação com o início de manutenção do estabelecimento em que ocorra a exploração sexual. Não é necessária a prática de qualquer ato sexual[12]. Basta a prova de que a casa se destina à exploração sexual, por exemplo: prostitutas que já se encontram alojadas nos quartos no aguardo dos clientes, panfletos anunciando a abertura da casa de prostituição etc. A tentativa é inadmissível, pois se trata de crime habitual.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput.*

6.2. Qualificadas previstas no art. 232 c.c. o art. 223

Cumpre lembrar que o art. 232, que previa a incidência do art. 223 (se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8 a 12 anos. Se do fato resulta morte: Pena – reclusão, de 12 a 25 anos), foi revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009, assim como o art. 224 (hipóteses de presunção de violência).

6.3. Majorada (art. 234-A do CP)

Vide comentários ao art. 234-A, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009.

7. AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

No que diz respeito ao procedimento, *vide* art. 394 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, que passou a eleger critério distinto para a determinação do rito processual a ser seguido. A distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude de esta ser apenada com reclusão ou detenção.

Art. 230 – Rufianismo

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a dignidade sexual da prostituta, vítima da exploração do rufião, ou seja, aquele que procura tirar proveito do exercício da prostituição alheia.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

Duas são as condutas típicas:

- Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros: o rufião constitui uma espécie de sócio da meretriz, pois tem participação em seus lucros. Exige-se que o proveito econômico seja proveniente do exercício da prostituição. Dessa forma, se for produto de herança da meretriz ou qualquer outra renda, não há falar no crime em tela.
- Fazer-se sustentar, no todo ou em parte, por quem exerça a prostituição: cuida-se aqui da manutenção do rufião pelo fornecimento de alimentação, vestuário, habitação etc.

Trata-se de crime habitual. Na modalidade "participar", deve haver uma continuada entrega de lucros pela prostituta ao rufião. Na modalidade "sustentar", deve o sustento perdurar por algum tempo. Não basta que a prostituta pague uma única refeição ou dê uma peça de roupa. Exige-se, sim, uma ação continuada.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa.

2.3. Sujeito passivo

A pessoa que exerce a prostituição (homem ou mulher), que se presta ao comércio carnal. Na modalidade *tirar proveito da prostituição alheia*, deve o exercício desta ser necessariamente lucrativo.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de tirar proveito da prostituição alheia, participando dos seus lucros, ou de ser por ela sustentado, ainda que em parte. Não se exige finalidade específica.

4. MOMENTO CONSUMATIVO E TENTATIVA

Dá-se a consumação com a participação reiterada do rufião no recebimento dos lucros e a sua manutenção à custa da prostituta. Há necessidade de habitualidade. Trata-se também de crime permanente, pois a sua consumação se protrai no tempo.

Por se tratar de crime habitual, é inadmissível a tentativa.

5. FORMAS

5.1. Simples

Está prevista no *caput*.

5.2. Qualificadas

Está prevista no § 1º, com a redação determinada pela Lei n. 12.015/2009. Incidiam, no entanto, as hipóteses do § 1º do art. 227 do CP, o qual prescrevia que: "Se a vítima é maior de catorze e menor de dezoito anos ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa". Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o art. 230 passou a prever detalhadamente em seu § 1º os casos em que o delito será qualificado: "Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa". Assim, algumas modificações legais foram introduzidas: (a) a nova regra legal afastou a qualificadora na hipótese de crime praticado por descendente; (b) foram inseridas as figuras do padrasto, madrasta, enteado, preceptor ou empregador da vítima; (c) foi substituída a frase: "pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda" por "quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância".

O § 2º, com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009, também contempla outra forma qualificada, no caso, pelo resultado: "Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, *fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima*. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência". As penas serão somadas se da violência empregada advier lesão corporal. Com a inovação legal, o emprego de fraude tornou-se meio executório apto a qualificar o delito, ao contrário da antiga redação do § 2º, o qual preceituava: "Se há emprego de violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência". Note-se, também, que a pena de multa foi abolida pelo novo Diploma Legal.

5.3. Qualificadas previstas no art. 232 c.c. o art. 223

Cumpre lembrar que o art. 232, que previa a incidência do art. 223 (se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8 a 12 anos. Se do fato resulta morte: Pena – reclusão, de 12 a 25 anos), foi revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009, assim como o art. 224 (hipóteses de presunção de violência).

5.4. Majorada (art. 234-A do CP)

Vide comentários ao art. 234-A, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009.

6. AÇÃO PENAL, PROCEDIMENTO E LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Com relação ao procedimento, *vide* art. 394 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, que passou a eleger critério distinto para a determinação do rito processual a ser seguido. A distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude de esta ser apenada com reclusão ou detenção.

É cabível o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/90) somente no *caput* do artigo.

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

1. CONCEITO

Sob a nova rubrica "tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual", determinada pela Lei n. 12.015/2009, dispõe o art. 231 do CP: "Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos". E, de acordo com o § 1º, "Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la".

2. OBJETO JURÍDICO

Com a nova nomeclatura, o tipo penal em estudo tutela, principalmente, a dignidade sexual. Secundariamente, a moral média da sociedade, os bons costumes[13]. Segundo Noronha, "Tutela-se a honra sexual contra os assaltos dos lenões internacionais, porque tal figura tem o fim específico de incriminar um

fato que lesa não só interesse de um Estado, mas dos Estados – trata-se de crime *internacional* – impedindo-se consequentemente a expansão da vil atividade de mercadores do meretrício, atentado não só contra o bem próprio do sujeito passivo (que pode ser exposto apenas a perigo), mas da coletividade – a moralidade pública e os bons costumes – que sempre são lesados pelo *métier* do lenão”[14].

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, duas são as ações nucleares típicas previstas no *caput* do dispositivo legal, consubstanciadas nos verbos *promover* ou *facilitar*, no caso, a entrada ou saída de alguém que aqui venha exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual ou que vá exercê-la no estrangeiro.

Promover significa dar causa, executar, organizar, realizar, tornar possível, fazer acontecer.

Facilitar expressa a ação de tornar mais fácil, remover obstáculos, ajudar a superar dificuldades, de modo a possibilitar a entrada ou saída de alguém do território nacional, para o exercício do meretrício.

Ações nucleares acrescentadas pela Lei n. 12.015/2009: segundo o § 1º , introduzido pelo aludido Diploma Legal, incorre na mesma pena aquele que *agenciar* (negociar, contratar, ajustar), *aliciar* (atrair, recrutar) ou *comprar* (adquirir) a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, *transportá-la (*é o ato de levar de um local para outro, utilizando um meio de deslocamento ou locomoção), *transferi-la* (é a mudança de local e, normalmente, antecede o transporte) ou *alojá-la* (é a ação de abrigar em algum local).

Com a nova redação do art. 231 do CP, não há mais qualquer referência à ação de *intermediar* o tráfico internacional de pessoa, cujo verbo havia sido introduzido pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. Nesse caso, indaga-se: teria ocorrido *abolitio criminis*? Primeiramente, *intermediar* significa intervir, interceder, colocar-se entre as partes para viabilizar tráfico. O intermediário, no caso, é o negociante, o qual exerce suas atividades colocando-se entre aquele que promove a venda das mulheres, homens ou crianças de um determinado país e o comprador ou consumidor, isto é, o indivíduo de outro país que adquire as “mercadorias” para o meretrício. Podemos afirmar que são os verdadeiros mercadores do meretrício. Desse modo, houve mera substituição do verbo “intermediar” por “agenciar”, não tendo ocorrido *abolitio criminis.*

Tendo em vista justamente que a cadeia internacional do tráfico de pessoa conta com uma grande rede mundial de atravessadores, isto é, de interpostas pessoas que fazem o elo, a ligação, entre os “vendedores” e os “adquirentes” da “mercadoria”, a Lei n. 12.015/2009 procurou ampliar a repressão a essa forma de criminalidade, incluindo diversas ações típicas que não se restringem mais tão somente a ação de facilitar ou promover a entrada ou saída de alguém que aqui venha exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual ou que vá exercê-la no estrangeiro, mas também a ações relacionadas ao transporte, transferência, alojamento das aludidas pessoas.

Note-se que, como o tipo penal não fazia qualquer referência à ação do traficante dentro do território nacional, pois com a entrada das mulheres, homens ou crianças, para o meretrício, no País, considerava-se esgotada a atividade do traficante internacional. Somente o art. 231-A (tráfico interno) fazia alusão a tais condutas.

O novo art. 231, portanto, acabou por reprimir, no mesmo dispositivo legal, a atividade daquele que alicia, realiza o transporte, a transferência, o alojamento de pessoas traficadas que venham exercer a prostituição no país.

Finalmente, as ações contempladas no tipo penal visam entrada ou saída da vítima do território nacional, para o fim de exploração sexual. As vítimas, em sua maioria pessoas que sofrem de grandes privações financeiras em seus países, provocadas por guerras, catástrofes naturais ou crise econômica, acabam sendo seduzidas pela proposta dos lenões, os quais as iludem com falsas promessas de uma vida melhor. Quando o engodo é descoberto já é tarde e elas se tornam escravas do comércio carnal. Como já dissemos nos comentários ao crime do art. 228, a prostituição, enquanto comércio habitual do próprio corpo, exercido pelo homem ou mulher, é um ato imoral, mas não constitui crime. Sua exploração, sim, ao contrário, é tipificada e punida por nosso ordenamento legal. Quando se trata de tráfico internacional, o fato se torna mais grave, dada sua maior abrangência e seus efeitos mais nefastos à pessoa ofendida, pois, estando em outro país, as privações serão ainda maiores.

Finalmente, ao contrário do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, o qual, ao trazer a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de seres humanos”[15], pune apenas o tráfico de adulto, quando ausente o consentimento deste, o nosso Código Penal prevê a majoração da pena, quando o delito for praticado mediante violência, ameaça ou fraude, o que pressupõe que considera

crime, no *caput* do art. 231, o tráfico de adulto realizado com o seu consentimento.

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, homem ou mulher, pode ser sujeito ativo desse crime, sendo certo que é comum esse delito ser praticado por uma pluralidade de agentes.

3.3. Sujeito passivo

O crime em questão, em sua forma simples, pressupõe que a vítima seja homem ou mulher com idade igual ou superior a 18 anos. Se a ofendida é menor de 18 anos, a pena é aumentada da metade (art. 231, § 2º, inc. I, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.015/2009). Na realidade, na antiga sistemática do Código Penal, caso ela fosse maior de 14 e menor de 18, configurava-se a forma qualificada, que era contemplada no revogado § 1º do art. 231 do Código Penal, elevando-se a pena de três a oito anos de reclusão para quatro a dez anos de reclusão. Se a vítima tivesse 14 anos ou menos, o crime era o de lenocínio na forma qualificada (CP, art. 231, § 2º), uma vez que estaria presente a violência presumida (CP, art. 232 c.c. o art. 224). Entretanto, a partir da Lei n. 12.015/2009, em todas as hipóteses já aludidas, incidirá a majorante prescrita no art. 231, § 2º, inciso I, do Código Penal. Mencione-se que o art. 224 do Código Penal foi revogado, não havendo mais que se falar em violência presumida no crime em tela.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Nas modalidades previstas no § 1º, o agente deve ter ciência da condição da vítima, isto é, de que esta é objeto do tráfico de pessoa.

Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º).

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Com relação às figuras previstas no *caput* do dispositivo legal, ocorre a consumação com a entrada ou saída da pessoa do território nacional para o exercício da prostituição, sendo desnecessário que haja a efetiva exploração sexual. O exercício da prostituição constitui mero exaurimento do crime.

No tocante às ações nucleares previstas no § 1º, reputa-se consumado o delito

com o agenciamento, aliciamento ou a compra da pessoa traficada, assim como, com o seu transporte, transferência ou alojamento.

A tentativa é possível, pois cuida-se de crime plurissubsistente. Por exemplo: lenão que, após preparar todos os papéis para a viagem, é preso em flagrante quando embarcava no navio com a vítima[16].

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput*.

6.2. Majoradas

O art. 231, em seu § 1º, previa expressamente a incidência do art. 227, § 1º, do CP, o qual prescrevia que: "Se a vítima é maior de catorze e menor de dezoito anos ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa". Com o advento da Lei n. 12.015/2009, algumas inovações legais foram introduzidas pelo aludido Diploma Legal.

O art. 231 passou a contemplar detalhadamente em seu § 2º os casos em que o delito terá a pena aumentada. Assim, "a pena é aumentada da metade se:

I – a vítima é menor de 18 anos: a Lei em sua antiga redação se referia a vítima maior de 14 e menor de 18 anos. Agora, ampliou o seu campo de proteção, alcançando os que possuam idade inferior a 18 anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato: essa condição da vítima foi acrescentada pela nova Lei. Podia, no entanto, funcionar como hipótese configuradora da violência presumida (CP, art. 232 c.c. o art. 224, atualmente revogados). Agora, ocasionará o aumento da pena.

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: (a) a nova regra legal afastou o aumento de pena na hipótese de crime praticado por descendente; (b) foram inseridas as figuras do padrasto, madrasta, enteado, preceptor ou empregador da vítima; (c) foi substituída a frase: 'pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda' por 'quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância'.

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude". Essa hipótese

constituía isoladamente uma qualificadora prevista no antigo § 2º do art. 231, cuja pena era de reclusão, de cinco a doze anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Agora, integra um dos incisos no novo § 2º e a pena do *caput* será aumentada de metade.

Finalmente, o § 3º, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, prevê que se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. Antes, a pena de multa integrava o preceito secundário do *caput* do art. 231, incidindo automaticamente. Não era necessário provar a finalidade de obter vantagem econômica para sua aplicação. Agora que foi retirada do *caput* do artigo e passou a constituir qualificadora, deverá ser comprovado o fim especial de obter lucro.

6.3. Majorada (art. 234-A do CP)

Vide comentários ao art. 234-A, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009.

6.4. Qualificadas previstas no art. 232 c.c. o art. 223

Cumpre lembrar que o art. 232, que previa a incidência do art. 223 (se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8 a 12 anos. Se do fato resulta morte: Pena – reclusão, de 12 a 25 anos), foi revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009, assim como o art. 224 (hipóteses de presunção de violência).

7. COMPETÊNCIA, AÇÃO PENAL E PROCEDIMENTO

Tratando-se de crime internacional, a competência é da Justiça Federal (CF/88, art. 109, V)[17]. De acordo com a doutrina, com base no art. 5º do CP (teoria da ubiquidade), ainda que a pessoa não tenha como destino o Brasil, se ela passar pelo território nacional para atingir outro Estado (por exemplo, lenão que sai do Paraguai com a mulher, passa pelo Brasil, e se dirige para a Guiana Francesa), será competente a Justiça Federal brasileira, pois, de certa forma, ela saiu do nosso território para exercer a prostituição[18].

Cuida-se de crime de ação penal pública incondicionada. No tocante ao procedimento, *vide* art. 394 do CPP, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, que passou a eleger critério distinto para a determinação do rito processual a ser seguido. A distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude de esta ser apenada com reclusão ou detenção.

Art. 231-A – Tráfico interno de pessoa para fim de exploração

sexual

1. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Sob a nova rubrica, "tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual", determinada pela Lei n. 12.015/2009, o art. 231-A do CP passou a contar com a seguinte redação: "Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la".

Diversas, portanto, foram as modificações legais.

Em primeiro lugar, a Lei se refere ao tráfico interno de pessoa, no singular. Isto porque, para a configuração típica, não se exige uma pluralidade de vítimas.

Em segundo lugar, inseriu na nova nomenclatura a finalidade do tráfico para exploração sexual. Como já analisado nos artigos anteriores, a Lei n. 12.015/2009 acabou por ampliar a tutela jurídica dos crimes contemplados no Capítulo V, ao mencionar qualquer outra forma de exploração sexual, que não só a prostituição. A "prostituição" passa, portanto, a ser uma das formas de "exploração sexual". Tal expressão já fazia parte de documentos internacionais, como, por exemplo, o art. 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (promulgado pelo Decreto n. 5.017, de 12-3-2004).

Em terceiro lugar, a pena, que era a mesma do tráfico internacional de pessoa (reclusão, de três a oito anos, e multa), foi diminuída: reclusão, de dois a seis anos, devendo retroagir para beneficiar o réu.

2. OBJETO JURÍDICO

Com a nova nomeclatura, o tipo penal em estudo tutela, principalmente, a dignidade sexual. Secundariamente, a moral média da sociedade, os bons costumes[19].

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

O *caput* prevê duas ações nucleares típicas: *a) promover*: é organizar, realizar, tornar possível, concretizar, fazer acontece ou *b) facilitar*: é remover as dificuldades, pavimentar o caminho para a prostituição.

O § 1º passou a descrever algumas condutas equiparadas. Desse modo, incorre na mesma pena aquele que agenciar (negociar, contratar, ajustar), aliciar (atrair, recrutar), vender ou comprar (adquirir) a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la (é o ato de levar de um local para outro, utilizando um meio de deslocamento ou locomoção), transferi-la (é a mudança de local e, normalmente, antecede o transporte) ou alojá-la (é a ação de abrigar em algum local). Todas essas condutas já eram previstas no *caput* do dispositivo penal.

No tocante ao novo verbo "agenciar", também não sucedeu qualquer inovação, pois o *caput* do artigo já previa conduta equivalente, qual seja, *intermediar* (colocar-se entre fornecedor e consumidor, prestando todo o auxílio necessário à concretização do negócio carnal), não tendo ocorrido *novatio legis* incriminadora.

Esclareça-se que a promoção ou facilitação do recrutamento (seleção, separação e ordenamento das pessoas cuja prostituição se quer explorar) ou acolhimento (o recebimento da pessoa em seu próprio lar, local de trabalho ou recinto) de tais pessoas não deixou de ser típica, pois se encontram abarcadas pelas condutas de *aliciar* e *alojar*, não tendo, portanto, sucedido *abolitio criminis*.

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela. Em sendo os mesmos autores os responsáveis pelo tráfico internacional e, depois, pelo interno, entendemos deva ser aplicado o princípio da consunção, pois os atos posteriores configurarão mero exaurimento, desde que, é claro, estejam todos dentro do mesmo contexto fático, isto é, estejam dentro da mesma linha de desdobramento causal. Responderá o agente, nesse caso, apenas pelo primeiro delito.

3.3. Sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser vítima do crime em tela (homem ou mulher). Em sua forma simples, o delito pressupõe que a vítima seja homem ou mulher com idade igual ou superior a 18 anos.

Se a vítima é menor de 18 anos; ou por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; a pena é aumentada de metade (cf. § 2º).

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar uma das ações

nucleares típicas.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Basta a prática de uma das ações típicas, para a consumação do crime, não se exigindo que a vítima seja efetivamente explorada sexualmente.

A tentativa é perfeitamente possível, pois cuida-se de crime plurissubsistente.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput.*

6.2. Majoradas

De acordo com o revogado parágrafo único do art. 231-A, aplicava-se ao crime de tráfico interno de pessoas o disposto nos § § 1º e 2º do art. 231 do CP.

O § 1º previa que o crime seria qualificado se ocorresse alguma das hipóteses do art. 227, § 1º: "Se a vítima é maior de catorze e menor de dezoito anos ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa".

O § 2º estabelecia outra qualificadora se houvesse o emprego de violência, grave ameaça ou fraude. A pena seria de reclusão, de 5 a 12 anos, *e multa*, além da pena correspondente à violência.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, algumas inovações legais foram introduzidas pelo aludido Diploma Legal.

O art. 231-A passou a contemplar detalhadamente em seu § 2º os casos em que o delito terá a pena aumentada. Assim, "a pena é aumentada da metade se:

I – a vítima é menor de 18 anos: a Lei em sua antiga redação se referia a vítima maior de 14 e menor de 18 anos. Agora, ampliou o seu campo de proteção, alcançando os que possuam idade inferior a 18 anos.

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato: essa condição da vítima foi acrescentada pela nova Lei. Podia, no entanto, funcionar como hipótese configuradora da violência presumida (CP, art. 232 c.c. art. 224, atualmente revogados). Agora, ocasionará o aumento da pena.

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: (a) a nova regra legal afastou o aumento de pena na hipótese de crime praticado por descendente; (b) foram inseridas as figuras do padrasto, madrasta, enteado, preceptor ou empregador da vítima; (c) foi substituída a frase: "pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda" por "quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância".

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude": essa hipótese constituía isoladamente uma qualificadora prevista no antigo § 2º do art. 231, cuja pena era de reclusão, de cinco a doze anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Agora, integra um dos incisos no novo § 2º e a pena do *caput* será aumentada de metade.

Finalmente, o § 3º, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, prevê que se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. Antes, a pena de multa integrava o preceito secundário do *caput* do art. 231-A, incidindo automaticamente. Não era necessário provar a finalidade de obter vantagem econômica para sua aplicação. Agora que foi retirada do *caput* do artigo e passou a constituir qualificadora, deverá ser comprovado o fim especial de obter lucro.

6.3. Majorada (art. 234-A do CP)

Vide comentários ao art. 234-A, acrescentado pela Lei n. 12.015/2009.

6.4. Qualificadas previstas no art. 232 c.c. o art. 223

Cumpre lembrar que o art. 232, que previa a incidência do art. 223 (se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8 a 12 anos. Se do fato resulta morte: Pena – reclusão, de 12 a 25 anos), foi revogado expressamente pela Lei n. 12.015/2009, assim como o art. 224 (hipóteses de presunção de violência).

7. COMPETÊNCIA E AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de competência da Justiça Estadual. Se, no entanto, perante a Justiça Federal estiver tramitando processo por crime de tráfico internacional de pessoas, dada a conexão entre este delito e o crime de tráfico interno de pessoas, recomenda-se, por conveniência da apuração da verdade real, a reunião dos processos, uma vez que a prova de uma infração poderá influir na outra (é a chamada conexão instrumental ou probatória). Como o crime de tráfico internacional de pessoas é de competência da Justiça Federal, incidirá a Súmula 122 do STJ: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos

crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal".

Art. 232

Revogação: Previa o art. 232 do CP: "Nos crimes de que trata este Capítulo, é aplicável o disposto nos arts. 223 e 224". De acordo com o art. 7º da Lei n. 12.015/2009: "Revogam-se os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954".

1 "A meretriz não pode ser havida como vítima do delito previsto no art. 227 do CP, pois não é induzida, mas se presta, voluntariamente, à lascívia de outrem" (TJSP, *RT* 487/347).

2 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 255. No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete, *Manual*, cit., v. 2, p. 459.

3 "Penal. Favorecimento da prostituição. Menor. Configuração do crime. Súmula 7/STJ. 1. Existe favorecimento quando a pessoa é levada à prostituição ou impedida de abandoná-la, não excluindo a facilitação o fato de a vítima (menor) já ser prostituta, revelando, inclusive, haver percorrido diversos lugares nas mesmas circunstâncias. No entanto, em sede de recurso especial, verificar se houve efetivamente facilitação à prostituição importa, pelo menos no caso em tela, em profundo revolvimento do contexto probatório, com maltrato à Súmula 7 do STJ. 2. Recurso especial não conhecido" (STJ, 6ª T., REsp 118.181-MG, rel. Min. Vicente Leal, j. em 7-10-1997, *DJ* de 24-11-1997, p. 61288).

4 Cf. E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 259.

5 Em sentido contrário, Julio Fabbrini Mirabete, *Manual*, cit., v. 2, p. 463, para quem é possível haver no caso concurso material de crimes.

6 STJ, 6ª T., REsp 149.070-DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 9-6-1998, *DJ* de 29-6-1998.

7 "Penal. Casa de prostituição. Estabelecimento comercial. Matéria de fato. Reexame de prova. Dissídio jurisprudencial. 1. A simples manutenção de estabelecimento comercial relativo a casa de massagem, banho, ducha, 'relax' e bar não configura o delito do art. 229 do CP. Hipótese que demanda análise do material fático-probatório, vedado nesta instância. Incidência da súm. 7/STJ. 2. Dissídio jurisprudencial caracterizado. 3. Recurso conhecido, pelo dissídio, mas improvido" (STJ, 5ª T., REsp 65.951/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 1º-9-1998, *DJ* de 28-9-1998, p. 88).

"Para a configuração do delito do art. 229 do Código Penal, em se tratando de comércio relativo a bar, ginástica, etc., é necessária a transformação do estabelecimento em local exclusivo de prostituição, intento cuja apuração refoge ao âmbito do especial por demandar investigação probatória. Súmula n. 7/STJ" (STJ, 6ª T., REsp 102.912-DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 10-3-1998). No mesmo sentido: *RT*, 589/322, 536/290, 619/290.

8 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 262. "Recurso em *Habeas corpus*. Casa de prostituição. Art. 229, do CP. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Inocorrência. Prova da habitualidade.

Prescinde de sindicância prévia, podendo ser demonstrada por outros elementos probatórios. Descrevendo a denúncia crime em tese, descabe trancá-la sob o argumento de falta de justa causa, não se evidenciando, *in casu*, inépcia da denúncia, atipicidade da conduta ou extinção da punibilidade. No delito do art. 229, do CP, a prova da habitualidade prescinde a sindicância prévia podendo ser demonstrada por outros meios, inclusive depoimentos de testemunhas. Recurso desprovido" (STJ, 5ª T., RHC 11.853-RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 27-11-2001, *DJ* de 25-2-2002, p. 401).

"Criminal. Casa de prostituição. Habitualidade. Prescindibilidade de sindicância. Inquérito policial. Trancamento. Assentada orientação jurisprudencial sobre reputar prescindível a prova especial, prévia, da habitualidade delituosa, quando o próprio flagrante a demonstre" (STJ, 5ª T., RHC 5.943-SP, rel. Min. José Dantas, j. em 12-11-1996, *DJ* de 16-12-1996, p. 50895).

9 STJ, 5ª T., RHC 11.853-RJ, rel. Min. Arnaldo da Fonseca, j. em 27-11-2001, *DJ* de 25-2-2002, p. 401. Em sentido contrário: "O delito do art. 229 do Código Penal exige prova da reiteração dos encontros para fim libidinoso, para a sua configuração, o que se faz através de sindicância prévia" (*RT*, 522/327). E, ainda: "Não há falar no delito do art. 229 do Código Penal se não averiguou a Polícia a existência, no hotel, de hóspedes fixos e também não efetuou sindicância prévia para constatar a habitualidade, que é requisito indispensável à sua configuração" (*RT*, 519/355). No mesmo sentido: *RT*, 511/354 e 620/280.

10 Nesse sentido: E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 260.

11 Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Valério de Oliveira Mazzuoli, *Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

12 No mesmo sentido: "O crime de manutenção de casa de prostituição tipifica objetivamente uma conduta permanente, pouco importando o momento da fiscalização do poder público e a comprovação de haver, no instante da prisão, relacionamento sexual das aliciadas. Ordem denegada" (STJ, 5ª T., HC 42.995/RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 27-9-2005, *DJ* de 24-10-2005, p. 354). Para E. Magalhães Noronha, "um ato de prostituição ou libidinoso basta, desde que outras circunstâncias demonstrem que o agente se encontrava em *pleno exercício*" (*Direito penal*, cit., v. 3, p. 265).

13 *Vide* CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. Tráfico de pessoa e o bem jurídico em face da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. In: *Tráfico de Pessoas*. MARZAGÃO, Laerte (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

14 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 277.

15 JESUS, Damásio. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças* – Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

16 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 277.

17 No mesmo sentido: "1. Ao teor do disposto no artigo 109, inciso V, da Constituição da República, a Justiça Federal é competente para o processo e o julgamento dos crimes previstos em tratado ou convenção internacional, como é o caso do tráfico de mulheres, artigo 231, CP ('tráfico de pessoas', depois da Lei n. 11.106/2005). 2. Uma vez inexistente a conexão entre o tráfico de mulheres e outros delitos narrados na denúncia, quais sejam, extorsão, casa de prostituição e favorecimento da prostituição, tanto pela ausência de vínculo teleológico quanto pela não ocorrência de relação probatória, não há que se falar em unidade dos processos impondo-se, ao contrário, sua separação. 3. Conflito conhecido para definição da competência do Juízo Estadual, da Comarca de Curitiba, Paraná, para o processo e o julgamento da Ação Penal em relação aos crimes de extorsão, favorecimento da prostituição e casa de prostituição (artigos 158, § 1º; 228, *caput*; e 229, CP)" (STJ, 3ª Seção, CComp 47.634/PR, rel. Min. Paulo Medina, j. em 11-5-2005, *DJ* de 27-8-2007, p. 188).

18 Nesse sentido: E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., v. 3, p. 278. No mesmo sentido, Damásio E. de Jesus, *Código Penal anotado*, cit., p. 786. Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 919; Celso Delmanto e outros, *Código Penal comentado*, cit., p. 443.

19 *Vide* CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Tráfico de pessoa e o bem jurídico em face da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009*. In: *Tráfico de Pessoas*. MARZAGÃO, Laerte (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CAPÍTULO VI – DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR

Art. 233 – Ato obsceno

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se o pudor público. Segundo Magalhães Noronha (1995, v. 3, p. 279):

> Sob pena de desagregação e dissolução, a sociedade necessita que os fatos da vida sexual, ainda que naturais e mesmo impostos para sua sobrevivência, obedeçam as exigências ditadas por um sentimento comum às pessoas que a compõem. Trata-se do pudor público, que faz com que, v.g., um ato sexual normal, inspirado na perpetuação da espécie, se torne, entretanto, ofensivo se realizado em presença de outras pessoas.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

A conduta típica consiste em praticar ato obsceno, executar, realizar. Ato obsceno é todo ato de cunho sexual capaz de ofender o pudor médio da sociedade. O senso de pudor da coletividade deve ser avaliado de acordo com o lugar e a época em que o ato foi praticado. São exemplos de ato obsceno: apalpar as partes do corpo (seios, nádegas, órgãos genitais), andar desnudo ou seminu. Tais atos não necessitam ser praticados com o fim de o agente satisfazer a sua lascívia. Não se compreende no dispositivo legal a palavra obscena ou o gesto obsceno, podendo a emissão destes constituir o crime contra a honra ou contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP). Quanto à micção, que é o ato natural de urinar, não constituirá ato obsceno, desde que não haja exibição do pênis (urinar de costas).

O ato obsceno deve ser praticado em lugar público, aberto ou exposto ao público; veja as distinções:

a) Público: é aquele ao qual todas as pessoas têm acesso: ruas, praças.

b) Aberto ao público: aquele ao qual o acesso é livre ou condicionado (metrô, cinema, museu, teatro, por exemplo).

c) Exposto ao público: é o local privado visível para quem está num lugar público ou aberto ao público (salas envidraçadas com vista para a rua, jardim de entrada de uma residência, varanda de um apartamento, interior de um automóvel, por exemplo). Se for privado, visível de outro local privado (quintal de residência que somente é visível para quem está na residência vizinha), não há o crime em tela, podendo caracterizar-se o delito de perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP).

Segundo Magalhães Noronha (1995, v. 3, p. 283):

> A publicidade se refere ao lugar e não à presença de pessoas. Estas podem estar ausentes, embora uma,

pelo menos, seja necessária para a prova, desde que não se contente o julgador com a confissão do sujeito ativo. A publicidade pode deixar de existir, para os efeitos legais, por determinadas circunstâncias. Assim, um terreno ermo e longínquo, não obstante ser lugar público acessível a todos, não oferece a publicidade requerida. Ainda que público o lugar, se, por outro lado, a possibilidade de ver o ato é nula (pela escuridão completa e total), não se configurará o crime. Concluindo, é o ato obsceno um crime de perigo, por integrar-se com a possibilidade de ofensa ao pudor público.

Nesse sentido, há diversos julgados dos Tribunais Estaduais: a) não configura esse delito o ato praticado no interior de automóvel, à noite e em lugar ermo; b) se o lugar é público, mas nula a possibilidade de ser visto o ato, também não se configura o delito em tela; c) exige-se que o lugar seja público, mas não que o ato obsceno seja presenciado por pessoas.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela.

2.3. Sujeito passivo

É a coletividade atingida em seu pudor, assim como a pessoa determinada que foi atingida com o ato obsceno.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

Dolo, isto é, a vontade livre e consciente de praticar o ato obsceno, ciente de que o local é público, aberto ou exposto ao público. Não se exige qualquer finalidade específica.

4. MOMENTO CONSUMATIVO

Trata-se de crime formal. Dá-se a consumação com a efetiva prática do ato, independentemente da presença de pessoas ou de alguém se sentir ofendido. Conforme visto, a publicidade exigida pelo crime refere-se ao local e não à presença de indivíduos no local dos fatos. Trata-se também de crime de perigo.

A doutrina não admite a tentativa (JESUS, 2000a, p. 749; NORONHA, 1995, v. 3, p. 284; DELMANTO et al., 2000, p. 445; em sentido contrário: MIRABETE, 2001a, v. 2, p. 474).

5. FORMA

5.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 233 do Código Penal.

Art. 234 – Escrito ou objeto obsceno

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se o pudor público. Esse dispositivo continua em vigor, apesar da decrescente repressão à conduta típica, pois o costume não revoga a lei.

2. OBJETOS MATERIAIS

São eles:

- escrito: jornal, revista, livro;
- desenho: é a representação gráfica de um objeto;
- pintura: constitui uma representação, em cores, de pessoas ou coisas;
- estampa: é a gravura impressa, como fotografia;
- qualquer objeto obsceno: filme, escultura.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

Trata-se de tipo misto alternativo. A prática de duas ou mais condutas descritas é irrelevante, consistindo crime único. São elas:

- fazer: criar, produzir;
- importar: fazer entrar no País – a importação de revista ou de filme pornográfico configura o delito do art. 234 do Código Penal e não o de contrabando ou descaminho previsto no art. 334 do Código Penal;
- exportar: fazer sair para outro país;
- adquirir: obter a título oneroso ou gratuito;
- ter sob sua guarda: guardar.

Essas condutas devem ser praticadas com o fim de comércio, distribuição ou exposição pública. Não exige o tipo penal que efetivamente os objetos sejam comercializados, distribuídos ou expostos ao público. Basta a finalidade. O inciso I do parágrafo único do art. 234, por sua vez, pune a conduta daquele que concretiza esse fim.

3.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela.

3.3. Sujeito passivo

A coletividade ofendida em seu pudor e a pessoa diretamente atingida pelo escrito ou objeto obsceno.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de praticar uma das condutas típicas, acrescido do fim especial do agente (para comércio, distribuição ou exposição pública).

5. MOMENTO CONSUMATIVO E TENTATIVA

Consuma-se com a prática de uma das ações típicas (fazer, importar, exportar, adquirir, ter sob sua guarda). Trata-se de crime de perigo, portanto é dispensável que haja a efetiva ofensa ao pudor público.

Trata-se de crime plurissubsistente, dessa forma, a tentativa é admissível.

6. FORMAS

6.1. Simples

Prevista no *caput* do art. 234 do CP.

6.2. Figuras assemelhadas

Estão descritas no parágrafo único:

> Incorre na mesma pena quem:
>
> I – vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;
>
> II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;
>
> III – realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

CAPÍTULO VII – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 234-A – Aumento de pena

A Lei n. 12.015/2009 criou duas novas causas de aumento de pena, incidentes sobre os capítulos do Título VI. Assim, a pena será aumentada de metade: (a) se do crime resultar gravidez: basta, desse modo, que da prática, por exemplo, do estupro, resulte a aludida consequência para a vítima. Não é necessário que a gravidez seja abrangida pelo dolo do agente; (b) se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe (dolo direto) ou deveria saber (dolo eventual) ser portador. Na hipótese, não há mais que se falar no concurso formal impróprio entre o crime contra a dignidade sexual e o delito do art. 131 do CP (perigo de contágio de moléstia venérea), constituindo a transmissão da doença uma circunstância majorante.

Art. 234-B – Segredo de justiça

O princípio da publicidade do processo constitui garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz. Encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados (CPC, art. 155, I e II; CPP, arts. 485, § 5º, com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008, e 792, § 1º). Esta é a chamada *publicidade restrita*, segundo a qual os atos são públicos só para as partes e seus procuradores, ou para um reduzido número de pessoas. A restrição se baseia no art. 5º, LX, da CF, consoante o qual "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". O art. 93, IX, da CF, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 45, prevê que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos... podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais *a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*". Assim, o Poder Judiciário somente poderá restringir o número de pessoas em julgamento quando o direito público à informação não for prejudicado. Sopesam-se os dois bens jurídicos: direito à intimidade e direito público à informação.

O art. 234-B constitui, desta maneira, mais uma exceção ao princípio da publicidade, pois os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça, dado que a exposição da vítima pode lhe causar graves constrangimentos.

TÍTULO IX – DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

Art. 286 – Incitação ao crime

1. OBJETO JURÍDICO

Genericamente, nos crimes que estudaremos nesse título, tutela-se a paz pública, isto é, o sentimento de segurança e proteção necessários ao convívio social. Conforme Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 79),

> são quase todos esses crimes autênticos *atos preparatórios*, e a razão de puni-los está ou no relevo que o legislador dá ao bem ameaçado ou porque sua frequência está a indicar a necessidade da repressão, em qualquer caso, em nome da paz social.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo está consubstanciada no verbo "incitar", isto é, instigar, induzir, açular, excitar, provocar. O delito pode ser praticado por qualquer meio: palavras, gestos, escritos etc. O tipo penal pune o incitamento à prática de crime. Exclui-se, portanto, a contravenção penal ou o ato imoral. Para a configuração do tipo penal, não basta a incitação genérica para delinquir. É preciso que o agente estimule outras pessoas a praticar fato criminoso determinado, como estimular os moradores de um bairro pobre a realizar sequestros como a melhor forma de enriquecer. Não é preciso que o incitador aponte os meios de execução ou a pessoa contra quem o crime deve ser praticado. É imprescindível que a incitação à prática de crime seja pública, destinada a um número indeterminado de pessoas. Não é considerada lugar público a residência do incitador, ainda que presentes várias pessoas.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela.

2.3. Sujeito passivo

A coletividade.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, a vontade livre e consciente de incitar a prática de crime. Exige-se

que o agente tenha ciência de que um número indeterminado de pessoas está tomando conhecimento da incitação no momento de sua prática.

4. CONSUMAÇÃO

Consuma-se com a prática da incitação perceptível por indeterminado número de pessoas. Trata-se de crime formal, sendo, portanto, desnecessário que alguém, efetivamente, cometa o crime objeto da incitação. Se a pessoa instigada pelo agente praticar o crime, pode, eventualmente, caracterizar-se a participação do agente no delito incitado (art. 29 do CP) ou em sua tentativa (art. 31 do CP).

5. TENTATIVA

Admite-se, conforme o meio de execução empregado. Se a incitação for oral, o *conatus* será inadmissível.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 286 do CP.

6.2. Culposa

Não há previsão legal.

7. DISTINÇÕES

a) Se houver incitação à prática do crime de genocídio: art. 3º da Lei n. 2.889/56.

b) Se houvesse incitação por intermédio dos meios de informação (televisão, jornais, rádio): art. 19 da Lei n. 5.250/67. Entretanto, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (n. 130), ajuizada pelo PDT (Partido Democrático Trabalhista), a Corte Suprema reputou que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, de forma que os crimes nela previstos deverão sujeitar-se às regras do Código Penal e do Código de Processo Penal.

c) Se houver incitação à prática de crime contra a Segurança Nacional: art. 23, IV, da Lei n. 7.170/83.

d) Se houver incitação à prática de suicídio: art. 122 do CP.

e) Se houver incitação à satisfação da lascívia alheia ou à prática da prostituição ou outra forma de exploração sexual: arts. 227 e 228 do CP.

8. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 287 – Apologia de crime ou criminoso

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a paz pública.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

A ação típica consiste em fazer apologia (louvar, elogiar, enaltecer, exaltar) de fato criminoso ou de autor de crime, conforme descrito abaixo:

- De fato criminoso: é o fato real e determinado que a lei tipifica como crime, não bastando a apologia de fato contravencional ou imoral. Trata-se de fato criminoso já ocorrido e não de crime futuro, o que distingue esse crime daquele previsto no art. 286 (NORONHA, 1992, v. 4, p. 86; MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 197; JESUS, 2002, p. 879; em sentido contrário: HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 173).
- De autor de crime: é a apologia do criminoso em razão do crime que cometeu, não importa se o delinquente enaltecido foi condenado ou não, se há ação penal proposta ou não.

A apologia deve ser praticada publicamente, de maneira a ser percebida ou perceptível por indeterminado número de pessoas. Como no delito anterior, pode ser praticada por qualquer meio.

Convém mencionar que o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) n. 187, em decisão unânime, excluiu do campo de incidência da norma do art. 287 as manifestações em favor da descriminalização de substâncias psicotrópicas, em especial, a denominada “marcha da maconha”, por estar acobertada pelos direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento. Afirma o Ministro Celso de Mello em seu voto que o “princípio da liberdade de expressão repudia a instauração de órgãos censórios pelo poder público e a adoção de políticas discriminatórias contra determinados pontos de vista. Os delitos de opinião têm um viés profundamente suspeito, se analisados sob essa perspectiva, já que impedem a emissão livre de ideias. A possibilidade de questionar políticas públicas ou leis consideradas injustas é essencial à sobrevivência e ao aperfeiçoamento da democracia”.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela.

2.3. Sujeito passivo

É a coletividade.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, que consiste na vontade de praticar a apologia, consciente da publicidade.

4. CONSUMAÇÃO

Com a apologia, sem dependência de outras consequências. Trata-se de delito formal.

5. TENTATIVA

Admite-se, desde que a apologia não seja oral.

6. FORMAS

6.1. Simples

Prevista no *caput* do art. 287 do CP.

6.2. Culposa

Não há previsão legal.

7. DISTINÇÕES

a) Se a apologia fosse cometida por meio de imprensa: art. 19, § 2º, da Lei n. 5.250/67. No entanto, vale mencionar que, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (n. 130), ajuizada pelo PDT, a Corte Suprema julgou que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, de forma que os crimes nela previstos deverão sujeitar-se às regras do Código Penal e do Código de Processo Penal.

b) Se a apologia é de crime contra a Segurança Nacional: art. 22, IV, da Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983.

8. CONCURSO DE CRIMES

Segundo a doutrina, haverá concurso formal de crimes, e não crime único, se o agente, em um mesmo contexto fático, fizer apologia de vários fatos criminosos ou de diversos autores de crimes. Se, por outro lado, fizer apologia de um único fato criminoso e de seu autor, haverá crime único.

9. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 288 – Quadrilha ou bando

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a paz pública.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear – requisitos do crime

Ação nuclear típica consubstancia-se no verbo “associar”, isto é, reunir, aliar, agregar. Há, então, a reunião de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes. São seus requisitos:

- Associação estável ou permanente: exige-se um vínculo associativo entre os membros da quadrilha que seja permanente e não eventual, esporádico. Não há, assim, o crime de quadrilha se houver uma ocasional reunião de mais de três pessoas para praticar crimes determinados. Nessa hipótese, há mero concurso de agentes. Exige-se, portanto, um vínculo permanente, constante para a prática continuada de crimes.
- Composta por mais de três pessoas: a associação criminosa deve ser integrada por mais de três delinquentes. Não importa nesse cômputo que um deles seja inimputável ou que não seja identificado. Também não importa que os integrantes não se conheçam pessoalmente ou que apenas alguns dos integrantes efetivamente concretizem os desígnios criminosos e outros não. Aqueles que não participarem dos delitos que o bando praticou responderão apenas pelo crime de quadrilha.
- Com o fim de praticar crimes: exige-se que a quadrilha ou bando se reúna para a prática de crimes indeterminados. Se a reunião for para a prática de crimes determinados, haverá apenas coautoria ou participação nos crimes praticados. A associação deve ser para a prática de crimes e não de contravenção penal. E se a associação for para a prática de crime continuado? Para Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 94) e Mirabete (2001b, v. 3, p. 200), haverá a tipificação da quadrilha. Nélson Hungria (1959, v. 9, p. 178), por sua vez, diverge desse posicionamento. E se o propósito for de praticar crimes culposos ou preterdolosos? Para Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 94), é inconciliável esse propósito com o crime de quadrilha ou bando, pois nesses crimes há involuntariedade do evento, sendo inconcebível que alguém se proponha a um resultado que não quer.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela. Trata-se de crime coletivo, plurissubjetivo ou de concurso necessário, pois exige no mínimo quatro pessoas. Conforme dito, pode integrar esse número o inimputável. Importa observar que o fato de o agente participar da quadrilha e ser por esse crime condenado não leva

também à condenação pelos crimes que o bando praticou, se não houver prova de que tenha participado desses crimes (*RT* 608/365). Importa, ainda, ressaltar que nada impede o reconhecimento da quadrilha se um dos integrantes não for identificado. Basta a prova de sua existência para ser integrado no cômputo legal.

2.3. Sujeito passivo

A coletividade.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade de o agente associar-se a outras pessoas, com a finalidade de cometer crimes (esse fim específico constitui o elemento subjetivo do tipo). Se o fim do agente for o de cometer um crime apenas ou crimes culposos ou preterdolosos ou contravenções, o fato será penalmente atípico.

4. CONSUMAÇÃO

Consuma-se com a efetiva associação do agente, ainda que a sua adesão seja posterior à criação da quadrilha ou bando. A quadrilha é crime autônomo, que independe dos crimes cometidos pelo bando. Trata-se de crime permanente. A consumação do delito se protrai no tempo enquanto perdurar a associação. É possível a prisão em flagrante enquanto ela durar.

5. TENTATIVA

Não se admite.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 288 do CP.

6.2. Qualificada

Está descrita no parágrafo único. A pena é aplicada em dobro se a quadrilha ou o bando é armado. Abrange a arma própria e a imprópria. Basta a posse dela para que se configure a qualificadora, sendo prescindível que os agentes efetivamente a utilizem ou a portem ostensivamente. Não é necessário que todos estejam armados (STF, *RTJ* 102/614). Conforme afirma Fragoso (apud MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 203), “deve-se reconhecer que o bando é armado, quando, pela quantidade de membros que portem armas ou pela natureza da arma usada, seja maior o perigo e o temor causado pelos malfeitores”.

7. O DELITO DE QUADRILHA OU BANDO DE ACORDO COM A LEI N.

8.072/90

7.1. Quadrilha ou bando pela Lei n. 8.072/90 e a associação criminosa da Lei n. 11.343/2006

O art. 8º da Lei n. 8.072/90 criou uma nova espécie de quadrilha ou bando: a formada com a finalidade específica de cometer qualquer dos delitos naquela previstos. O novo bando ou quadrilha é composto dos seguintes elementos: a) reunião permanente de quatro ou mais agentes; b) com a finalidade de praticar reiteradamente; c) os crimes de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e hediondos. A pena dessa quadrilha com fins específicos passou a ser de três a seis anos, contados em dobro se o grupo é armado, portanto menor do que a prevista para o revogado crime de associação criminosa citado no art. 14 da Lei n. 6.368/76. Com isso, a jurisprudência vinha aplicando, por ser mais benéfica, a pena do crime de quadrilha ou bando da Lei dos Crimes Hediondos para a associação criminosa formada visando a prática de tráfico, mas mantendo intacto o tipo da associação criminosa. Agora, mudou de novo, pois a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) é expressa no sentido de dispensar tratamento mais gravoso à associação para a prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, não se aplicando mais esse entendimento jurisprudencial.

Com efeito, em 24 de agosto de 2006, foi publicada a Lei de Drogas, que entrou em vigor 45 dias após sua publicação (art. 74) e acabou por revogar expressamente as Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002, que tratavam do tema (veja art. 75). A figura da associação criminosa passou a estar prevista no art. 35 da lei, mas com os mesmos elementos do revogado art. 14. Dessa forma, pune a lei a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos seus arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 (veja art. 35). A pena foi mantida a mesma, operando-se modificação apenas nos limites da pena de multa (pena: reclusão, de 3 a 10 anos, e pagamento de 1.200 a 2.000 dias-multa). O legislador, portanto, expressamente, optou pela manutenção da pena mais gravosa no caso da associação para o tráfico. E, ainda, com o intuito de impedir o tráfico de drogas, "estrangulando" o seu financiamento, criou especificamente a figura da associação criminosa para financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 dessa lei (pena: reclusão, de 8 a 20 anos, e pagamento de 1.500 a 4.000 dias-multa – veja art. 36).

Por ser mais gravosa, essa lei não poderá retroagir para atingir fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

7.2. Diminuição da pena

O parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.072/90 instituiu a figura da *delação premiada*, reduzindo a pena de um a dois terços para o partícipe (do crime) ou associado (da quadrilha ou bando) que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando, necessariamente, seu desmantelamento.

7.2.1. *Traição benéfica*

O parágrafo único do art. 8º criou outra causa de diminuição de pena, chamada de traição benéfica. São seus pressupostos:

- crime de quadrilha ou bando formado com a finalidade de praticar tortura, terrorismo, tráfico de drogas[1] ou crime hediondo;
- delação da existência do bando à autoridade formulada por um dos seus coautores ou partícipes;
- eficácia da traição.

7.2.2. *Incidência*

Traição benéfica só se aplica à quadrilha ou bando formados especificamente para a prática dos crimes de que trata a Lei n. 8.072/90.

7.2.3. *Objeto da delação*

A denúncia deve ser feita por integrante da quadrilha ou por pessoa que, sem integrá-la como coautor, concorreu de qualquer modo para a sua formação. O que deve ser denunciado é o próprio crime de quadrilha ou bando e não o delito praticado pelo bando.

7.2.4. *Destinatário da delação*

A denúncia deve ser feita à autoridade, isto é, ao Juiz, Delegado, Promotor etc.

7.2.5. *Eficácia da traição*

Só haverá diminuição de pena no caso da eficácia da traição, que consiste no desmantelamento do bando. A eficácia, assim, exige dois requisitos:

- desmantelamento do bando;
- nexo causal entre a delação e o desmantelamento.

7.2.6. *Binômio*

O binômio da traição benéfica é:

- delatar o crime de quadrilha;
- possibilitar seu desmantelamento.

7.2.7. *Redução da pena*

A pena será diminuída de um a dois terços de acordo com a maior ou menor contribuição causal da denúncia para o desmantelamento. Trata-se de causa obrigatória de diminuição de pena. É circunstância de caráter pessoal (subjetiva) incomunicável no concurso de agentes.

7.2.8. *Alcance da redução da pena*

Polêmica: a diminuição de pena restringe-se ao crime de quadrilha ou bando ou comunica-se aos crimes praticados pelo bando? Suponhamos uma quadrilha destinada à prática de latrocínio que chega a executar três crimes. A pena pelo crime de bando é, no máximo, de seis anos. As penas somadas dos três latrocínios chegam a 90 anos. A questão é saber se a redução atinge só os seis ou também os 90 anos.

Há duas posições:

- Atinge ambos os crimes. A lei fala em "participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha". Participante quer dizer coautor ou partícipe do crime praticado pela quadrilha, enquanto associado refere-se aos integrantes do bando. Ambos teriam, assim, direito à diminuição. Além disso, não haveria estímulo para o traidor se a redução se limitasse às penas mais baixas da quadrilha ou bando.
- Só atinge a pena da quadrilha ou bando. Participante quer dizer partícipe do crime de quadrilha, enquanto associado se refere aos coautores. Em momento algum a lei faz menção aos crimes praticados pelo bando. Quando o legislador quis diminuir as penas de algum crime praticado pelo bando, ele o fez expressamente, como na figura da delação eficaz (uma quadrilha que pratica extorsão mediante sequestro). A traição benéfica, que é a delação do próprio bando à autoridade, só diminui a pena desse crime. Para a redução da pena da extorsão mediante sequestro, será preciso delatar a própria extorsão, possibilitando a libertação do sequestrado.

Nosso entendimento: a vingar a primeira posição, o instituto da delação eficaz (art. 159, § 4º, do CP) seria inútil, pois bastaria denunciar o bando para que a pena de ambos os crimes fosse diminuída. Se a lei se preocupou em criar um instituto para a redução da pena do crime praticado pela quadrilha (no caso, a extorsão mediante sequestro), foi justamente porque a traição benéfica não o alcança, afinal, na lei não devem existir regras inúteis.

7.2.9. *Conclusão*

Três, então, são as espécies de quadrilha ou bando:

- Quadrilha ou bando genérico: é a figura descrita no art. 288 do CP. Ocorre com a reunião de mais de três pessoas com a finalidade de praticar crimes comuns. A pena está prevista no próprio art. 288.
- Quadrilha ou bando especial: é a reunião de mais de três pessoas com a finalidade de praticar crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos. A pena está prevista no art. 8º da Lei n. 8.072/90. Cabível nessa espécie a figura da delação premiada (traição benéfica).
- Quadrilha ou bando especial com a finalidade de praticar tráfico de drogas: foi prevista também na Lei dos Crimes Hediondos, sendo, no entanto, lançada a questão acerca da revogação ou não do art. 14 da Lei n. 6.368/76, que previa o crime de associação criminosa. A Lei n. 11.343/2006, entretanto, acabou por operar a revogação da Lei n. 6.368/76 e, portanto, de seu art. 14, passando a associação criminosa a ser objeto do art. 35 do novo diploma legal.

8. O DELITO DE QUADRILHA OU BANDO E A LEI DO CRIME ORGANIZADO (LEI N. 9.034/95)

A Lei n. 9.034/95 dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Prevê o art. 1º (redação alterada pela Lei n. 10.217/2001):

> Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Dessa forma, as disposições legais previstas nessa lei aplicam-se não ao crime de quadrilha ou bando, mas aos crimes praticados pela associação criminosa.

9. CONCURSO

a) Concurso entre quadrilha ou bando e furto ou roubo majorado pelo concurso de pessoas: pode haver concurso entre quadrilha e roubo (ou furto) também majorado pelo número de pessoas, não constituindo *bis in idem*, pois a associação de pessoas no crime de quadrilha ou bando é permanente, ao passo que no crime de furto ou roubo é ocasional. Nos Tribunais Superiores, o tema suscita divergências.

b) Concurso entre quadrilha ou bando armado e furto ou roubo majorado pelo emprego de armas: pode haver concurso entre roubo qualificado por uso de armas e quadrilha qualificada pelo uso de armas, não havendo *bis in idem*, pois o porte de arma que qualifica a quadrilha é de perigo abstrato, não é equivalente ao emprego efetivo de arma que qualifica o roubo (perigo concreto). Nos Tribunais

Superiores, o tema suscita divergências.

c) Concurso entre quadrilha ou bando e outros delitos: sabemos que o delito em estudo é independente daqueles praticados pela associação criminosa. Dessa feita, se for comprovado que todos os integrantes, de alguma forma, colaboraram para a prática do crime, haverá concurso material entre o crime do art. 288 e o crime cometido (furto, roubo, sequestro etc.). Se, contudo, algum integrante não colaborou de qualquer forma para a prática delitiva, ele apenas responderá pelo crime do art. 288. Se, por outro lado, uma terceira pessoa não integrante do bando resolver ajudar a quadrilha na prática de determinado delito, responderá ela apenas pelo crime praticado na qualidade de coautor ou partícipe.

10. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

1 No caso de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas): "O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços" (art. 41).

TÍTULO X – DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA
CAPÍTULO III – DA FALSIDADE DOCUMENTAL

Art. 297 – Falsificação de documento público

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a fé pública dos documentos de natureza pública.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ações nucleares

Falsificar documento público indica a contrafação, que pode ser total ou parcial; alterar é modificar o conteúdo do objeto material, do documento público. Documento público é o formado por funcionário público com atribuição ou competência para isso, em razão do ofício, lugar e matéria. As fotocópias não autenticadas não podem ser consideradas documentos, para fins penais.

A falsidade que esse artigo pune é a material, aquela que diz respeito à forma do documento.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa (crime comum). Sendo funcionário público, prevalecendo-se do cargo, configura-se a qualificadora do § 1º.

2.3. Sujeito passivo

- Primário ou principal: o Estado.
- Secundário: o terceiro eventualmente lesado pela conduta delitiva.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, sendo necessário o conhecimento da potencialidade lesiva da conduta, pois o fato deve ser potencialmente danoso; a falsificação inócua não caracteriza o delito.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Dá-se com a falsificação ou alteração, com a *editio falsi*, e não é necessário qualquer outro resultado, independentemente do uso do documento falso ou de qualquer consequência posterior. Exige-se, entretanto, que a falsificação seja apta a iludir terceiro, constituindo crime impossível a adulteração grosseira.

Admite-se a tentativa.

5. FORMAS

5.1. Dolosa simples

Está prevista no *caput* do art. 297 do CP.

5.2. Causa de aumento de pena

Aumenta-se a pena de um sexto se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se de seu cargo. Essa causa de aumento está prevista no § 1º.

5.3. Equiparação

Prevista no § 2º. Documentos equiparados aos públicos: o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

5.4. Falsificação de documento público previdenciário

A Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, inseriu os § § 3º e 4º no art. 297. Dispõe o § 3º:

> Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:
>
> I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;
>
> II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;
>
> III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

O § 4º, por sua vez, dispõe:

> 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.

6. OBSERVAÇÕES

a) Falso e estelionato: se o sujeito praticar uma falsificação e depois, de posse do documento falso, realizar um estelionato, fica a questão: deve responder por ambos os delitos em concurso, só pelo falso ou só pelo estelionato? De acordo com os princípios da consunção, se um fato é praticado como meio necessário para a realização de outro crime, deve ficar por este absorvido, como fase normal de sua execução. Nesse caso, se o agente respondesse por ambos os delitos, haveria inaceitável *bis in idem*, na medida em que o crime-meio seria punido duas vezes: uma como crime autônomo e outra como parte de outro crime. A fim de evitar essa dupla incriminação, quando o falso constituir meio necessário para o cometimento do estelionato, restará por este absorvido, como parte de um todo (a falsificação do documento integraria o estelionato como a fraude ou o ardil empregado para a obtenção da vantagem ilícita). Ao contrário,

quando for cometido em contexto diverso, o agente responderá por ambos os crimes, não sendo possível dizer que o falso foi meio para a prática do estelionato. Nesse mesmo sentido, a Súmula n. 17 do STJ:

> O falso é absorvido pelo estelionato quando nele se exaure.

Desse modo, se o agente falsifica um fólio de cheque e se faz passar pelo emitente, só responderá pelo estelionato, pois a fraude se esgotou nele (com aquele cheque, não poderá aplicar mais nenhum golpe). No caso da falsificação de uma carteira de identidade, porém, não se fala em absorção, pois o documento falsificado pode ser usado para inúmeros estelionatos, não incidindo nesse caso a Súmula n. 17 do STJ. Se o falso se esgotar no estelionato, é porque foi meio necessário para a realização da fraude; ao contrário, quando conservar a sua potencialidade lesiva, significa que sua existência era autônoma e independente do estelionato.

b) Falso e uso (art. 304 do CP): dá-se a progressão criminosa, considerando-se o *uso* como *post factum* impunível. O delito de falso possui a potencialidade lesiva que o uso do objeto material (documento falso) procura concretizar. Consumado o falso, o sujeito realiza o fato posterior do uso, atingindo o mesmo objeto jurídico (fé pública) e o mesmo sujeito passivo (Estado), procurando tirar proveito da conduta antecedente, mas sem causar ofensa jurídica diversa.

c) Falsificação de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor: não configura crime de falsidade material, mas o previsto no art. 311 do CP, por força da Lei n. 9.426/96, cuja pena varia de três a seis anos de reclusão, mais multa. Essa pena será aumentada de um terço se o agente cometer o crime no exercício de função pública ou se prevalecendo desta. Incorrerá também nesse crime o funcionário público que contribuir para o licenciamento ou registro do veículo remarcado, fornecendo, dolosamente, o material ou a informação oficial necessários.

Art. 299 – Falsidade ideológica

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a fé pública.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

São ações nucleares típicas:

- omitir declaração;
- inserir declaração falsa;

- inserir declaração diversa da que deveria ser escrita;
- fazer inserir declaração falsa;
- fazer inserir declaração diversa da que deveria ser escrita.

Na modalidade “inserir”, é o próprio agente que atua diretamente, ao passo que, na “fazer inserir”, o sujeito atua indiretamente, pois faz com que outrem realize a inserção da declaração. A falsidade deve ser idônea, isto é, deve possuir capacidade de enganar, pois, do contrário, haverá crime impossível pela ineficácia absoluta do meio empregado (art. 17 do CP), o que caracteriza fato atípico.

Na falsidade ideológica, o documento é formalmente perfeito, mas falso o seu conteúdo intelectual, ao contrário da falsidade documental, em que se considera aspecto material. Desse modo, o documento ideologicamente falso é elaborado pela pessoa que tinha a incumbência de fazê-lo, a qual, no entanto, insere conteúdo diverso daquele que deveria constar, ao passo que, no falso material, forja-se um documento, altera-se a assinatura ou procede-se a alguma modificação estrutural e não apenas de conteúdo. Por essa razão, somente se exige prova pericial quando a falsidade for material.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa (funcionário público, veja parágrafo único).

2.3. Sujeito passivo

É o Estado (principal) e o lesado ou aquele que pode vir a sofrer o dano (secundário).

3. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é a finalidade especial de lesar direito, criar obrigação ou alterar a veracidade sobre fato juridicamente relevante. Exige-se o conhecimento da falsidade.

4. CONSUMAÇÃO

Ocorre com a omissão ou inserção direta ou indireta da declaração. É *crime formal*, não necessitando da ocorrência efetiva do dano, bastando a capacidade de lesar terceiro. O prejuízo a direito, a criação da obrigação ou a alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante não são necessários à consumação do crime. Trata-se, pois, de tipo incongruente, que prescinde da ocorrência do elemento subjetivo.

5. TENTATIVA

É inadmissível na conduta omissiva (omitir). É possível nas modalidades comissivas (inserir e fazer inserir).

6. FORMAS

6.1. Dolosa simples

Está prevista no *caput* do art. 299 do CP.

6.2. Causa de aumento (parágrafo único do art. 299)

Se o delito for cometido por funcionário público prevalecendo-se do cargo, ou a falsificação ou a alteração incidir sobre assentamento de registro civil, aumenta-se de um sexto a pena. O crime de "adoção à brasileira", ou seja, registrar o filho alheio como próprio, está descrito no art. 242 do CP. Se o fato consistir em promover inscrição de nascimento inexistente, temos o delito do art. 241 do CP.

7. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Começa a ocorrer quando o fato se tornar conhecido da autoridade pública (art. 111, IV, do CP).

8. OBSERVAÇÕES

a) Falsidade ideológica e material: na primeira, o vício reside nas declarações contidas no documento. A falsificação está na ideia inserida no documento. A ideia é que é falsa, sendo o documento verdadeiro em seus requisitos materiais. É o chamado *falso ideal*. Na segunda, a falsidade recai sobre a coisa, há rasuras, emendas, omissões ou acréscimos, podendo ser averiguada por perícia.

b) Folha em branco: se a folha de papel em branco foi entregue ao agente para ser preenchida em conformidade com as especificações do signatário, a declaração emitida em desconformidade configura falso ideal. Caso a entrega da folha tenha sido para que ela apenas ficasse em seu poder ou se foi obtida por meio de furto, roubo, apropriação indébita etc., o preenchimento abusivo configura falso material.

Nota: as observações constantes do art. 297 são também aqui aplicáveis.

Art. 304 – Uso de documento falso

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a fé pública.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

Fazer uso de documento falso, público ou particular, como se fosse verdadeiro.

2.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, desde que não seja o autor do crime de falsificação. Se o for, haverá emprego do conflito aparente de normas, em que o uso *post factum* é impunível.

2.3. Sujeito passivo

a) Principal: o Estado.

b) Secundário: a pessoa lesada.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, abrangendo o conhecimento da falsidade documental.

Para Damásio de Jesus (2000a, p. 886), só o dolo direto aproveita. Se houver dúvida acerca da falsidade, exclui-se o elemento subjetivo, pelo que inexiste o crime.

4. CONSUMAÇÃO

Com o efetivo *uso* do documento falso, não se fazendo mister a obtenção de algum proveito ou a realização de dano. Trazer consigo o documento falso não equivale a fazer uso. Para caracterizar o crime de uso de documento falso, é necessário que o documento saia da esfera pessoal do agente, iniciando-se uma relação qualquer com outra pessoa, de modo a determinar efeitos jurídicos. Trata-se, portanto, de crime material.

5. TENTATIVA

É inadmissível, uma vez que o tentar usar já configura o *uso*.

6. FORMAS

6.1. Dolosa simples

Está prevista no *caput* do art. 304 do CP.

6.2. Culposa

Não há previsão da forma culposa.

7. OBSERVAÇÃO

A exibição de documento falso em virtude de solicitação ou exigência policial não configura conduta criminosa, pois que falta ao agente a vontade, a espontaneidade de fazer uso do aludido documento. Única exceção a essa regra há na hipótese da Carteira Nacional de Habilitação falsificada, caso em que

existirá o crime de uso de documento falso. Ressalve-se igualmente que não há crime se o documento for encontrado pela autoridade em revista pessoal do agente.

Sobre falsidade e uso, veja nota ao art. 297 do CP.

CAPÍTULO IV – DE OUTRAS FALSIDADES

Art. 307 – Falsa identidade

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a fé pública.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

Atribuir a si próprio ou a terceira pessoa identidade que não corresponde à realidade. A identidade deve ser entendida em sentido amplo, como o conjunto de caracteres próprios e exclusivos de uma pessoa, tais como nome, idade, sexo, estado, profissão, condições sociais (padre, militar, médico etc.).

2.2. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Não se configura delito quando o sujeito é tomado por outra pessoa, silenciando a respeito de sua verdadeira identidade.

Se é de funcionário público a identidade falsa, temos a infração do art. 45 da LCP. Pode-se atribuir a si ou a terceiro a identidade de alguém existente (substituição de pessoas) ou a de pessoa fictícia. Exemplo do primeiro caso: um indivíduo fazer a prova do outro.

2.3. Sujeito passivo

a) Principal: o Estado.

b) Secundário: a pessoa eventualmente lesada.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo, com a finalidade especial do agente de obter vantagem material ou moral, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

4. CONSUMAÇÃO

Trata-se de crime formal, independentemente da obtenção da vantagem ou da produção de dano a terceiro. Basta a falsa atribuição de identidade.

5. TENTATIVA

Por meio verbal, é inadmissível. Cabível, entretanto, quando a falsa atribuição é realizada por escrito.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 307 do CP.

6.2. Culposa

Não há previsão da modalidade culposa.

7. SUBSIDIARIEDADE

Se o fato constituir elementar de crime mais grave, como o estelionato, a falsa identidade deixa de existir, restando absorvida por aquele. Esse caráter subsidiário da falsa identidade vem expressamente consignado no art. 307 do CP.

8. OBSERVAÇÕES

a) Utilização de documento falso de identidade alheia: a utilização de documento falso de identidade alheia configura o delito do art. 304 do CP, uso de documento falso.

b) Autodefesa: é a atribuição, a si próprio, de falsa identidade, em caso de prisão ou acusação judicial. Embora a CF assegure o direito de ficar calado (art. 5º, LXIII), este não compreende mentir sobre a própria identidade.

c) Fingir-se funcionário público: infração do art. 45 da LCP, que difere do tipo usurpação de função pública (art. 328 do CP), em que o agente exerce indevidamente função pública.

TÍTULO XI – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO I – DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Aspectos gerais – funcionário público

1. NOÇÕES GERAIS

Os crimes previstos nesse capítulo constituem delitos próprios, uma vez que são praticados exclusivamente por funcionário público. São os chamados delitos funcionais. Dividem-se em:

- Crimes funcionais próprios: a função pública é elemento essencial do crime. A ausência da qualidade de funcionário público torna o fato atípico (crime de prevaricação).
- Crimes funcionais impróprios: ausente a qualidade de funcionário público, poderá haver a caracterização de outro crime. Por exemplo: delito de peculato, em que uma de suas modalidades é a apropriação indébita praticada por funcionário público em razão da função.

Nada impede que um indivíduo o qual não detenha a qualidade de funcionário público responda por crime funcional, como coautor ou partícipe, em face do disposto no art. 30 do CP. Exige-se, contudo, que esse terceiro saiba da qualidade de funcionário público do outro. Nessa hipótese, o funcionário público é denominado *intraneus* e o não funcionário público é denominado *extraneus*.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS

O procedimento especial previsto no art. 514 do CPP aplica-se a todos os crimes funcionais, isto é, praticados por funcionário público, desde que afiançáveis, ficando excluídos, portanto, os inafiançáveis. Os únicos inafiançáveis eram o excesso de exação (CP, art. 316, § 1º) e a facilitação de contrabando ou descaminho (CP, art. 318). Isso porque o art. 323, I, do CPP vedava a concessão da fiança aos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada fosse superior a 2 (dois) anos. No entanto, com o advento da Lei n. 12.403/2011, que modificou o instituto da prisão e da liberdade provisória, essa proibição deixou de existir em tais casos, sendo cabível, a partir de agora, a concessão de fiança, e, por derradeiro, poderão tais delitos sujeitar-se ao procedimento especial, abaixo comentado.

Eis as etapas do procedimento especial:

a) Oferecimento da denúncia ou queixa: oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, antes de recebê-la, não só determinará sua autuação como também mandará notificar o agente para apresentar sua defesa preliminar no prazo de 15 dias.

Essa defesa visa impedir o recebimento da peça acusatória inaugural, no interesse da Administração Pública. Constitui uma fase obrigatória no procedimento; sua falta acarreta a nulidade do processo, por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório (nulidade absoluta).

A defesa preliminar em estudo difere da defesa prevista no art. 396 do CPP, com a redação determinada pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, aplicáveis a todos os procedimentos de 1º grau (CPP, art. 394, § 4º), pois esta é posterior ao recebimento da denúncia ou queixa e poderá visar a absolvição sumária do agente (CPP, art. 397).

b) Recebimento da denúncia ou queixa: a partir do recebimento da peça acusatória o procedimento se ordinariza.

Mencione-se que, de acordo com a Súmula 330 do STJ: "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial". O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem considerado que o fato de a denúncia se ter respaldado em elementos de informação colhidos no inquérito policial, não dispensa a obrigatoriedade da notificação prévia (CPP, art. 514) do acusado (STF, 1ª T., HC 89.686/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12-6-2007, *DJ* de 17-8-2007, p. 58). Nesse mesmo julgado, a Egrégia Corte considerou que o procedimento previsto nos arts. 513 e s. do CPP se reserva aos casos em que a denúncia veicula tão somente crimes funcionais típicos (CP, arts. 312 a 326).

Vale, finalmente, mencionar que os crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos (de acordo com o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo trazido pela Lei n. 10.259/2001 e pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95, com a redação determinada pela Lei n. 11.313, de 28-6-2006) sujeitam-se ao procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Dessa forma, para todos os crimes funcionais previstos no Capítulo I do Título XI, cuja pena máxima prevista seja dois anos, o procedimento a ser aplicado será o da Lei n. 9.099/95, isto é, o sumaríssimo, incidente sobre as infrações de menor potencial ofensivo, e não aquele previsto no art. 514 do CPP.

Por fim, consoante o disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, é possível a aplicação da suspensão condicional do processo (*sursis* processual) aos crimes cuja pena mínima não exceda a um ano.

3. FUNCIONÁRIO PÚBLICO

3.1. Conceito

No âmbito administrativo, é bastante restrito o conceito de funcionário público, consistindo em mera espécie de agente administrativo, o qual, por sua vez, também pertence a um gênero mais amplo, denominado agente público. Desse modo, o conceito mais amplo é o de agente público, entendendo-se como tal qualquer pessoa que exerça, a qualquer título, ainda que transitoriamente e sem remuneração, função pública.

No âmbito penal, dispõe o art. 327 do CP:

> Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Alcança, assim, todas as espécies de agentes públicos, pois o que importa para o Código Penal é o exercício, pela pessoa, de uma função de natureza e interesse público. Não importa se o servidor é ocupante de cargo ou se foi apenas investido no exercício de uma função. Do mesmo modo, é irrelevante se o seu vínculo com a Administração é remunerado ou não, definitivo ou transitório. São denominados funcionários públicos todos os que desempenham, de algum modo, função na Administração direta ou indireta do Estado.

A Administração indireta faz com que sejam compreendidos todos os agentes que desempenhem funções em autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e agências reguladoras. Mais do que isso. São também atingidas pela extensão conceitual, feita pelo CP, as pessoas que trabalham em entidades paraestatais, atualmente denominadas entidades do Terceiro Setor, e que se situam, portanto, fora da Administração indireta (compreendem os serviços sociais autônomos, entidades de apoio e organizações não governamentais, as chamadas ONGs).

Como se não bastasse, estão também compreendidos no amplo conceito penal até os que prestam serviços para empresas privadas contratadas ou conveniadas, para o fim de execução de atividade típica da Administração (art. 327, § 1º, do CP, acrescentado pela Lei n. 9.983/2000).

Adotou, portanto, o Código Penal um conceito bastante extensivo de funcionário público, assinalando Nélson Hungria (1959, v. 9, p. 401) que

> não é propriamente a qualidade de funcionário que caracteriza o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou *per accidens* (exemplo: o jurado, a cujo respeito achou de ser expresso o art. 438 do CPP; o depositário nomeado pelo juiz etc.).

O conceito ora exarado é aplicável a todos os crimes previstos no Código Penal envolvendo funcionário público, e não somente aos delitos que integram o Título XI do mesmo diploma legal.

4. DISTINÇÃO ENTRE CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO

Quanto à distinção entre cargo, emprego e função, temos os seguintes conceitos:

- Cargo: de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 126-127):

> Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por Resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas.

Veja art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 8.112/90. Tais servidores sujeitam-se ao regime estatutário.

- Emprego: segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1997, p. 357):

> Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão "emprego público" passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-as uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante de cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei n. 8.112/90).

- Função pública: é a atividade correspondente ao cargo ou emprego, mas que pode ser exercitada sem um ou outro. Com efeito, conforme ensina Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 206),

> não é mister, assim, que a pessoa seja funcionário público; o que é indispensável é que exerça função pública, que, no dizer de Maggiore, é "qualquer atividade que realiza fins próprios do Estado, ainda que exercida por pessoas estranhas à administração pública".

Para fins penais, *são funcionários públicos*

> o Presidente da República, os do Congresso e os dos Tribunais; os senadores, deputados e vereadores; os jurados (CPP, art. 438); os serventuários da justiça; as pessoas contratadas, diaristas ou extranumerárias, etc. (DELMANTO et al., 2000, p. 577).

Não exercem função pública os tutores, os curadores, os inventariantes judiciais, os síndicos falimentares. Estes, na realidade, exercem *munus* público, o qual não se confunde com função pública (nesse sentido: NORONHA, 1992, v. 4, p. 206; HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 402-403).

Questão: comete o delito de desacato o indivíduo que, por exemplo, ofende a honra de empregado de uma empresa privada, concessionária de serviço público ou de um integrante de uma empresa pública? Não. É que, segundo a doutrina, a equiparação constante do § 1º somente se aplica às hipóteses em que os

indivíduos sejam sujeitos ativos dos crimes funcionais e não sujeitos passivos[1], embora haja posicionamento na jurisprudência em sentido contrário[2]. Na hipótese, o sujeito ativo é particular e deverá, assim, responder por um dos crimes contra a honra. Entendemos correta essa posição.

5. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (§ 2º)

Dispõe o 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.

Existem duas correntes a respeito (DELMANTO et al., 2000, p. 577; JESUS, 2001b, v. 4, p. 122-123):

- Restritiva ou limitada: sustenta que, além da incidência do aumento de pena, as pessoas elencadas no dispositivo (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) passaram a ser consideradas funcionários públicos. Tal equiparação, entretanto, somente diz respeito aos ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento em uma dessas entidades públicas, não alcançando os prestadores de serviços dessas entidades que não tenham cargo de direção. Esses últimos, além de não serem considerados funcionários públicos, não sofrem, por óbvio, a incidência da majorante. Os dirigentes, ao contrário, são inseridos no conceito do art. 327, *caput*, do CP e, além disso, sofrem o aumento previsto nesse § 2º.
- Ampliativa: essa corrente concorda com que a incidência do aumento de pena fique restrita aos ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento daquelas entidades. A extensão do conceito de funcionário público, no entanto, alcança todos os servidores ou empregados das pessoas jurídicas previstas no § 2º do art. 327 do CP, estejam ou não ocupando cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento naquelas entidades.

Adotamos a segunda posição, pois, para o Direito Penal, funcionário público equivale ao gênero agente público.

Art. 312 – Peculato

1. CONCEITO

O peculato nada mais é do que uma apropriação indébita praticada em decorrência da função pública. Trata-se de crime em que o funcionário torna seu ou desvia, em proveito próprio ou de terceiro, o bem móvel, público ou privado, que possui em razão do cargo ou que esteja sob sua guarda ou vigilância. Há quatro modalidades de crime de peculato:

- peculato-apropriação: 1ª parte do *caput* do art. 312;
- peculato-desvio: 2ª parte do *caput* do art. 312;
- peculato-furto: § 1º do art. 312;
- peculato culposo: § 2º do art. 312.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se os interesses da Administração Pública, em seus aspectos patrimonial e moral. Secundária e eventualmente, protege-se também o patrimônio do particular, quando o objeto material lhe pertence.

No peculato, a lesão patrimonial configura-se ainda quando a coisa apropriada ou desviada pertence ao patrimônio particular. É o que diz o art. 312, *caput*, do CP, quando se refere ao "valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular". O que importa é que a apropriação ou o desvio tenha por objeto bens possuídos "em razão do cargo".

No tocante aos bens particulares que estejam sob a custódia da Administração, o crime recebe a denominação doutrinária de *peculato-malversação.*

3. OBJETO MATERIAL

É o bem sobre o qual recai a conduta do funcionário público. Pode ser dinheiro, valor ou qualquer bem móvel de natureza pública ou privada. A apropriação deve recair sobre objetos, de modo que não abrange a fruição de serviço de funcionário. Dessa feita, segundo Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 212):

> Se o chefe de uma repartição emprega funcionário em serviço seu, desviando-o de suas ocupações funcionais, não pratica peculato, incorrendo em outro delito, ou, de qualquer maneira, praticando falta contra a probidade administrativa.

4. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

4.1. Ações nucleares

Há três ações nucleares:

- apropriar-se: é inverter o título da posse ou da detenção, inicialmente lícita;
- desviar: é empregar o objeto material em fim diverso de sua destinação

específica;

- subtrair (peculato impróprio): é retirar o bem ou concorrer para a sua retirada.

4.2. Sujeito ativo

É o funcionário público, no amplo conceito previsto no art. 327 do CP. Trata-se de crime próprio. Admite-se concurso de agentes, sendo responsabilizado por tal ilícito quem não se reveste dessa qualidade, diante do que dispõe o art. 30 do CP, uma vez que se trata de circunstância elementar do crime.

Prefeitos: respondem pelo crime do art. 1º, I, do Dec.-lei n. 201/67 e não pelo delito de peculato-apropriação ou peculato-desvio, porém podem responder pelo delito de peculato-furto.

4.3. Sujeito passivo

Sujeito passivo primário é o Estado. Sujeito passivo secundário é o particular proprietário do bem apropriado ou desviado que está sob a posse, guarda ou custódia da Administração ou, se o bem for de natureza pública, a entidade de natureza pública lesada (Estados, Municípios etc.).

5. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de realizar uma das condutas típicas (apropriar, desviar, subtrair ou concorrer para a subtração). Além do dolo, o tipo penal faz menção ao elemento subjetivo do tipo: “Em proveito próprio ou alheio”.

6. CONSUMAÇÃO

a) Peculato-apropriação: ocorre no instante em que o sujeito age como se fosse dono do objeto material (retendo-o, alienando-o). A posse ou a detenção devem ser lícitas, pois, se a entrega do bem decorre de fraude, há estelionato; se a posse decorre de violência ou grave ameaça, há roubo ou extorsão.

b) Peculato-desvio: o momento consumativo ocorre com o ato do desvio, sendo irrelevante se o sujeito consegue ou não o proveito próprio ou alheio.

c) Peculato-furto: dá-se com a efetiva subtração, pois o objeto material não estava na sua posse ou detenção.

A consumação não está sujeita a prazos e a tomada de contas pelo Tribunal de Contas. O ressarcimento do dano ou a restituição da coisa apropriada, em se tratando de *peculato doloso*, não exclui o delito, podendo apenas influir na aplicação da pena. A reparação do dano anterior ao recebimento da denúncia é causa de diminuição da pena, nos termos do art. 16 do CP. Se posterior ao

recebimento, circunstância atenuante genérica (art. 65, III, *b*).

7. TENTATIVA

É admissível a tentativa de peculato (veja comentários ao art. 168). Por exemplo: a hipótese do tesoureiro ou caixa de repartição que é detido ao sair portando dinheiro que deveria ter ficado no cofre (NORONHA, 1992, v. 4, p. 218).

8. FORMAS

8.1. Peculato-apropriação

É o denominado peculato próprio. Está previsto na 1ª parte do *caput* do art. 312:

> Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo (...)

O agente, dessa feita, tem a posse do bem móvel público ou particular e passa a comportar-se como se fosse dono da coisa (alienação do bem público). O bem particular deve estar sob a guarda ou custódia da Administração. Se o agente tem a posse do bem, em virtude de um favor prestado a um conhecido seu, a sua apropriação configurará crime de apropriação indébita, pois a entrega da coisa deve ser feita em razão do cargo.

8.2. Peculato-desvio

É também denominado peculato próprio. Está previsto na 2ª parte do *caput* do art. 312: "(...) ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio (...)". O agente tem a posse da coisa e lhe dá destinação diversa da exigida por lei, agindo em proveito próprio ou de terceiros (emprestar dinheiro da Administração Pública). Se o desvio for em proveito da própria Administração, haverá crime do art. 315 do CP (emprego irregular de verbas ou rendas públicas). Conforme Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 119), o peculato de uso, de acordo com o entendimento jurisprudencial, somente ocorrerá se o bem for fungível. Exemplo: funcionário público que utiliza dinheiro público para comprar uma casa; ainda que reponha posteriormente o dinheiro, o crime se consumou no momento da compra. Se, por outro lado, o bem usado for infungível e for devolvido após o seu uso, não haverá crime, pois a lei não pune o mero uso. Não constitui esse crime usar trator pertencente ao patrimônio público para arar suas terras particulares com a sua posterior devolução, contudo o combustível usado e não reposto é considerado bem fungível, de modo que poderá haver o crime em relação ao uso desse bem material. Se o uso de bem infungível for atribuível a Prefeito,

constituirá crime específico – art. 1º, II, do Dec.-lei n. 201/67.

8.3. Peculato-furto

É o denominado peculato impróprio. Está previsto no § 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.

Consiste no furto cometido pelo funcionário público, valendo-se de sua condição perante a Administração Pública. Aqui o agente não tem a posse do bem, como no peculato-apropriação ou desvio, mas vale-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público para realizar a subtração. Caso contrário, haverá crime de furto. Exemplo: fiscal da Prefeitura verifica que o tesoureiro deixou o cofre aberto e retira certa importância (NORONHA, 1992, v. 4, p. 219). O funcionário pode tanto realizar a subtração quanto concorrer para que outrem o faça. Dessa feita, poderá o agente propositadamente deixar aberta a porta da repartição pública em que trabalha para que outrem realize a subtração. A consumação dá-se nos mesmos moldes do crime de furto. A tentativa é admissível (veja crime de furto).

8.4. Peculato culposo

Está previsto no § 2º. O funcionário, por negligência, imprudência ou imperícia, concorre para a prática de crime de outrem, seja também funcionário ou simples particular. É requisito desse crime que terceiro pratique um crime doloso aproveitando-se da facilidade provocada culposamente pelo funcionário público. Se em razão da culpa há prejuízo ao erário, sem que terceiro pratique crime doloso, o fato é atípico.

Não se cuida aqui do concurso de pessoas, pois não se admite participação culposa em crime doloso. Dessa feita, o funcionário responderá pelo crime de peculato culposo, e aquele que se prevaleceu da conduta culposa responderá por outro crime (peculato-furto, se também for funcionário público, ou, se for particular, crime de furto). O funcionário público somente responderá pelo crime de peculato culposo se se consumar o crime praticado por terceiro. Se este ficar apenas na tentativa, não há falar no crime em estudo, pela ausência de prejuízo ao erário, mas o terceiro deverá responder pela tentativa do crime (nesse sentido: GONÇALVES, 2000, p. 122).

8.4.1. *Extinção da punibilidade*

Está descrita na 1ª parte do § 3º. A reparação do dano, para dar causa à

extinção da punibilidade, deve ser anterior ao trânsito em julgado. Deve ser completa e não exclui eventual sanção administrativa contra o funcionário. A extinção da punibilidade somente aproveita o funcionário, autor do peculato culposo.

8.4.2. *Causa de diminuição de pena*

Está descrita na 2ª parte do § 3º. Se a reparação do dano é posterior à sentença irrecorrível, reduz-se de metade a pena imposta. Refere-se a lei expressamente ao crime culposo. No ilícito doloso, a restituição anterior ao recebimento da denúncia constitui, diante da Parte Geral do CP, causa de diminuição da pena (art. 16). No peculato doloso, a reparação do dano efetuada após o recebimento da denúncia e antes da sentença poderá dar ensejo à incidência da atenuante genérica do art. 65, III, *b*, do CP. Se a reparação do dano ocorrer em grau de recurso, pode ser aplicada a atenuante inominada do art. 66 do CP.

8.4.3. *Causa de aumento de pena*

Estabelece o art. 327, § 2º, do CP causa de aumento de um terço se o crime for cometido por ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da Administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.

9. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 313 – Peculato mediante erro de outrem

1. CONCEITO

Prevê o art. 313:

> Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem: (...)

A doutrina costuma denominá-lo *peculato-estelionato*.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a Administração Pública nos seus aspectos moral e patrimonial.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

Trata-se de mais um crime em que o agente se apropria de um bem no exercício do cargo, contudo a posse do agente, agora, decorre de erro de outrem

(pagar o valor de uma taxa municipal a funcionário incompetente para recebê-la). Dessa forma, o erro pode versar sobre a coisa que é entregue, sobre a obrigação que deu causa à entrega, sobre a pessoa a quem se faz a entrega. O erro em que incide a pessoa a qual entrega a coisa deve ser espontâneo, pois, se ela for induzida ao engano por funcionário, caracterizar-se-á o delito de estelionato. Se o funcionário também laborar em erro, não há falar no crime em tela. Ressalve-se, contudo, que haverá a configuração do crime se aquele descobrir o engano e, ainda assim, não devolver o bem. O ilícito somente existirá se o sujeito ativo receber a coisa quando estiver no exercício do cargo, isto é, em razão do cargo, pois, do contrário, o crime será outro (apropriação por erro – art. 169 do CP).

3.2. Sujeito ativo

É o funcionário público. Trata-se de crime próprio. O particular pode ser partícipe do fato, respondendo pelo crime. Funcionário público recebe, por equívoco, determinada quantia de um contribuinte, pensando em restituí-la, no que, entretanto, é desaconselhado por um amigo não funcionário, acabando por dividirem entre si o dinheiro (veja exemplo de Fragoso apud NORONHA, 1992, v. 4, p. 223).

3.3. Sujeito passivo

Há dois. Sujeito passivo direto é o Estado. De maneira secundária, a vítima da fraude.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de se apropriar do dinheiro ou de qualquer outra utilidade que recebeu por erro de outrem. Deve, assim, haver a intenção de assenhoreamento definitivo do bem, de o agente tornar seu o objeto ao constatar o engano. Exige-se também que o agente tenha consciência do erro de outrem e de que receba a coisa no exercício da atividade pública.

5. CONSUMAÇÃO

Ocorre consumação do crime com a apropriação, isto é, no momento em que o funcionário, ciente do erro de outrem, se apodera da coisa, agindo como se fosse dono (alienando-a).

6. TENTATIVA

É admissível. Cite-se o exemplo de Bento de Faria (apud NORONHA, 1992, v. 4, p. 225): a conduta do funcionário o qual, recebendo por erro uma carta com valores, para cujo registro não é competente, é surpreendido no momento em que

rasga o envelope para apropriar-se da importância.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 313 do CP.

7.2. Causa de aumento de pena

Tratando-se de funcionário público ocupante de cargo em comissão, função de direção ou de assessoramento em determinadas entidades, aplica-
-se a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP.

Art. 313-A – Inserção de dados falsos em sistema de informações

1. CONCEITO

Nos termos do art. 313-A, introduzido no CP pela Lei n. 9.983/2000, constitui crime o seguinte:

> Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

2. OBJETO JURÍDICO

> Essa incriminação tem por objetividade jurídica a administração pública, particularmente a segurança do seu conjunto de informações, inclusive no meio informatizado, que, para a segurança de toda a coletividade, devem ser modificadas somente nos limites legais. Daí punir o funcionário que, tendo autorização para a manipulação de tais dados, vem a maculá-los pela modificação falsa ou inclusão e exclusão de dados incorretos (JESUS, 2001b, v. 4, p. 137).

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

As ações nucleares do tipo consubstanciam-se nos seguintes verbos: a) “inserir” ou “facilitar” a inserção de dados falsos; b) “alterar” ou “excluir” dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública.

3.2. Sujeito ativo

É o funcionário público (art. 327 do CP) autorizado a realizar as operações nos sistemas de informatização ou bancos de dados da Administração Pública. Trata-se de crime próprio.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado. O particular também pode ser sujeito passivo desse crime se a conduta do agente público lhe acarretar algum prejuízo.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de inserir ou facilitar a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública. Exige-se também o chamado elemento subjetivo do tipo consistente no fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Trata-se de crime formal. Consuma-se com a inserção, alteração ou exclusão de dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública. Não se exige o efetivo prejuízo para a Administração Pública.

A tentativa é possível.

6. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 313-B – Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

1. CONCEITO

Nos termos do art. 313-B, introduzido no CP pela Lei n. 9.983/2000, constitui crime o seguinte:

> Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a Administração Pública, em particular a

> incolumidade de seus sistemas de informação e programas de informática, que só podem sofrer modificações ou alterações quando a autoridade competente solicita ou autoriza determinado funcionário. Por isso, não havendo tal aquiescência, a conduta é punida, tanto mais por se levar em consideração que tais informações, muitas vezes, encerram sigilo e interesses estranhos do próprio Estado (JESUS, 2001b, v. 4, p. 141).

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

As ações nucleares consubstanciam-se nos verbos: “modificar” ou “alterar”, no caso, sistema de informações ou programa de informática.

3.2. Elemento normativo do tipo

As condutas devem ser praticadas “sem autorização ou solicitação da autoridade competente”.

3.3. Sujeito ativo

É o funcionário público. Na hipótese, as alterações ou modificações são realizadas por ele sem que tenha autorização para tanto ou sem solicitação da autoridade competente.

3.4. Sujeito passivo

É o Estado. O particular também pode ser sujeito passivo desse crime se a conduta do agente público lhe acarretar algum dano.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de modificar ou alterar o sistema de informações ou programa de informática. Deve o funcionário público ter ciência de que o faz “sem autorização ou solicitação de autoridade competente”. Não se exige nenhum fim específico (elemento subjetivo do tipo).

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com a modificação ou alteração (parcial ou total) do sistema de informações ou programa de informática. Prescinde-se de que haja efetivo prejuízo para a Administração Pública.

A tentativa é admissível.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 313-B do CP.

6.2. Causa especial de aumento de pena

Está prevista no parágrafo único:

> As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

7. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 314 – Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a regularidade do funcionamento da Administração Pública, no tocante à segurança, à ordem dos livros oficiais e documentos de propriedade ou posse do Estado, punindo-se a conduta do funcionário que vem a extraviá-los, sonegá-los ou inutilizá-los.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

Três são as ações nucleares:

- Extraviar: significa desviar, desencaminhar, dar rumo diverso do correto.
- Sonegar: sonegar é não apresentar, relacionar ou mencionar quando isso é devido. É a ocultação intencional ou fraudulenta. A sonegação de documento referida no art. 314 do CP consiste na escusa à obrigação de exibi-lo sem motivo legítimo.
- Inutilizar: significa tornar imprestável, inútil para o fim a que se destina, ainda que não ocorra a destruição completa do livro ou documento (inutilizar folha contendo cota de representante do Ministério Público em autos judiciais) (TJSP, *RT* 639/277).

É necessário que as ações sejam praticadas pelo funcionário público no exercício de seu cargo, ou seja, que ele esteja incumbido da guarda do livro ou documento.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, só pode ser cometido por funcionário público no exercício do cargo. Admite-se, entretanto, a participação de terceiro não qualificado, mas, se ausente a qualidade de funcionário público, poderá ocorrer crime de subtração ou inutilização de livro ou documento (art. 337 do CP). Se o funcionário público for agente fiscal, sua conduta será enquadrada no art. 3º, I, da Lei n. 8.137/90 (extraviar livro fiscal ou processo fiscal).

2.3. Sujeito passivo

O principal é o Estado. O particular também pode ser sujeito passivo, se o objeto material do crime que estava na posse do Estado lhe pertencer.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar uma das condutas típicas. Deve o funcionário público ter consciência de que exerce a guarda do objeto material em face do exercício do cargo. Segundo a jurisprudência, não há dolo na conduta do funcionário que empresta os autos ao

interessado, de boa-fé. Também não há punição a título de culpa, ainda que esta possa caracterizar falta funcional.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com o extravio, a sonegação ou a inutilização.

- Sonegação: é crime permanente, que surge quando o funcionário, tendo o dever jurídico de apresentar o livro ou o documento, deixa de fazê-lo. A consumação, portanto, ocorre no momento em que surge o dever de apresentação daqueles objetos. A tentativa é inadmissível.
- Extravio: o delito é também permanente, protraindo-se a consumação no tempo. Trata-se de crime plurissubsistente, portanto a tentativa é possível.
- Inutilização: o delito é instantâneo, de efeitos eventualmente permanentes. Trata-se de crime plurissubsistente, portanto a tentativa é admissível.

5. CRIME SUBSIDIÁRIO

O crime previsto no art. 314 é expressamente subsidiário. Poderá o fato, assim, consistir em crime mais grave (havendo ofensa à fé pública, prevalece o art. 305 do CP). Isso ocorre porque o tipo sancionador comina pena, ressalvando: "(...) se o fato não constitui crime mais grave" (subsidiariedade explícita).

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 314 do CP.

6.2. Causa de aumento de pena

Se o autor do delito for ocupante de cargo em comissão, função de direção ou de assessoramento, aplica-se o aumento da pena previsto no art. 327, § 2º, do CP.

6.3. Culposa

Não há previsão legal.

7. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 315 – Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a regularidade da atividade da Administração Pública, no que diz respeito à aplicação de verbas e recursos públicos de acordo com a sua

destinação legal prévia.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

A conduta típica consiste em o sujeito, funcionário público, dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da determinada em lei (Lei Orçamentária). É pressuposto indeclinável do fato que exista lei a qual regule a aplicação do dinheiro. O agente público dá às verbas ou rendas aplicação diversa do seu destino legal. O emprego de verbas ou rendas públicas constitui, na realidade, despesas públicas.

- Verbas públicas: é "a especificação quantitativa do custo da execução de um determinado serviço público" (Azevedo apud JESUS, 2001b, v. 4, p. 150).
- Rendas públicas: "são o dinheiro percebido pela Fazenda Pública. Nesta hipótese o funcionário se utiliza do dinheiro público para a realização de serviço não autorizado por lei" (JESUS, 2001b, p. 150).

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. Somente pode ser cometido por funcionário público que tenha o poder de disposição de verbas ou rendas públicas, por exemplo, Secretário de Estado. Sendo o agente Presidente da República, ocorrerá o crime de responsabilidade previsto no art. 11 da Lei n. 1.079/50. Se for Prefeito Municipal, haverá o delito de responsabilidade previsto no art. 1º, III, do Dec.-lei n. 201/67.

2.3. Sujeitos passivos

São a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias e as entidades paraestatais.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de empregar irregularmente as verbas ou rendas públicas. Não se exige fim específico (elemento subjetivo do tipo), portanto não há necessidade do intuito de lucro.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com o emprego irregular efetivo dos fundos públicos, sendo desnecessário que ocorra dano ao erário. A tentativa é admissível.

5. ESTADO DE NECESSIDADE

As causas de exclusão da ilicitude previstas no art. 23 do CP são aplicáveis à

espécie, deixando de existir o delito. Não constitui crime o desvio de verbas para evitar danos decorrentes de calamidades públicas como inundações e epidemias.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 315 do CP.

6.2. Causa de aumento de pena

Tratando-se de funcionário público ocupante de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento, aplica-se a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP.

7. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 316 – Concussão

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a Administração Pública. Segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 153):

> A espécie visa proteger o normal desenvolvimento dos encargos funcionais, por parte da administração pública, e a conservação e tutela do decoro desta. De forma secundária, protege-se também o patrimônio do particular contra a forma especial de extorsão cometida pelo funcionário, que se vale, para a prática do delito, da função que desempenha, empregando-a como meio de coação para a obtenção de seus fins.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear – objeto material

A ação nuclear consubstancia-se no verbo "exigir": ordenar, impor como obrigação. A concussão, na realidade, é uma forma especial de extorsão praticada por funcionário público, com abuso de autoridade. A vítima cede ante o temor de represálias por parte do agente. Deve haver nexo entre a represália prometida, a exigência feita e a função exercida pelo funcionário público. Desse modo, se o funcionário público emprega violência ou grave ameaça referente a mal estranho à função pública, haverá crime de extorsão ou roubo. Exemplo: um policial aponta um revólver para a vítima e, mediante ameaça de morte, pede que ela lhe entregue o carro. Não é necessária a exigência da prática de um mal determinado, bastando que o temor genérico que a autoridade inspira influa na manifestação volitiva do sujeito passivo. A exigência pode ser direta, isto é, formulada pelo próprio funcionário público, ou, ainda, indireta, quando se vale de pessoa interposta. A exigência também pode ser explícita ou implícita (esta o

funcionário formula de maneira velada, capciosa ou maliciosa).

O objeto material do crime é a vantagem (ilícita, presente ou futura) indevida. Quanto à natureza da vantagem indevida, há duas posições: a) a vantagem é patrimonial. Nesse sentido: Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 155); Nélson Hungria (1959, v. 9, p. 361); Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 239); b) admite-se qualquer espécie de vantagem, podendo ser de cunho patrimonial, sentimental, sexual. Nesse sentido: Fragoso (apud MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 320). Adotamos a segunda posição.

2.2. Sujeito ativo

Segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 272):

> Em face de a concussão ser delito próprio, só pode ser o funcionário público, mesmo que ainda não tenha assumido a função (já passou no concurso, mas ainda não tomou posse) ou esteja fora da função (horário de descanso, férias, licença). Contudo, na hipótese em que o sujeito se faz passar por policial e exige dinheiro para não prender alguém, não há concussão, pois o agente não é funcionário público, há, na realidade, o crime de extorsão. Pode o particular ser coautor ou partícipe, comunicando-se a ele a circunstância elementar de ser o agente funcionário público (*RT* 476/433).

2.3. Sujeito passivo

É o Estado e, concomitantemente, o particular ou outro funcionário que venha a ser lesado pela exigência da vantagem indevida. A vítima que entrega o dinheiro exigido não comete o delito de corrupção ativa, pois o faz por ter sido constrangida. A corrupção ativa pressupõe a iniciativa do particular, não se punindo a mera entrega.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de exigir a vantagem indevida prevalecendo-se da função. Indiscutível, também, para a existência do delito, que a vantagem seja “para si ou para outrem”. Se a vantagem for para a Administração, poderá haver o delito de excesso de exação (art. 316, § 1º, do CP).

4. CONSUMAÇÃO

Consuma-se o crime, que é de natureza formal, com a simples exigência da vantagem indevida. Não se exige, para a consumação do delito, a consecução do fim a que visava o agente, qual seja a obtenção da indevida vantagem, assim não desnaturam o crime a devolução posterior da vantagem (mero arrependimento posterior, art. 16 do CP) ou a ausência de prejuízo.

Interessante questão é trazida por Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 130), cujo teor é o seguinte:

Um policial exige hoje a entrega de uma certa quantia em dinheiro. A vítima concorda e fica de entregar a quantia em um lugar determinado, três dias depois. Ela, entretanto, chama outros policiais que prendem o sujeito na hora da entrega. Há flagrante provocado?

No flagrante provocado, o sujeito é induzido a praticar um crime, mas tomam-
-se providências que inviabilizam totalmente a sua consumação. Nesse caso, não há crime, pois trata-se de hipótese de crime impossível (Súmula n. 145 do STF). Assim, na questão em análise, verifica-se não ter ocorrido o flagrante provocado, pois não houve qualquer provocação, ou seja, ninguém induziu o policial a fazer exigência. Temos, na hipótese, um crime de concussão consumado, já que a infração se consumou com a exigência que ocorreu três dias antes da data combinada para a entrega do dinheiro.

Concussão exaurida: a concussão é delito formal ou de consumação antecipada. Verificam-se os seus elementos típicos com a realização da conduta de exigência, independentemente de obtenção da vantagem indevida. Se conseguida, fala-se em concussão exaurida, circunstância que não altera o título do delito nem a pena abstrata. Influi, contudo, na pena concreta.

5. TENTATIVA

É possível, na hipótese em que o crime é plurissubsistente (carta extraviada).

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 316 do CP.

6.2. Causa de aumento de pena

Tratando-se de sujeito ativo ocupante de função de direção ou de assessoramento ou de cargo em comissão, aplica-se a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP.

7. EXCESSO DE EXAÇÃO – § 1º DO ART. 316 DO CP

Prevê o § 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.

Trata-se de subtipo do crime de concussão. O tipo penal prevê duas modalidades:

- exigência de tributo ou contribuição social que o agente sabe ou deveria saber indevida;
- exigência de tributo ou contribuição social devida, havendo, contudo, o emprego de meio vexatório ou gravoso para a sua cobrança.

Aqui, ao contrário da figura descrita no *caput*, o sujeito ativo não visa ao proveito próprio ou alheio, mas exige o tributo e o encaminha aos cofres públicos, ou, então, no desempenho de sua função, excede-se nos meios de sua

execução. A pena mínima prevista para esse delito é superior a dois anos (alteração promovida pela Lei n. 8.137/90), de modo que, por ser crime inafiançável, não se exige o procedimento preliminar do art. 514 do CPP, o qual só se aplica aos crimes afiançáveis.

7.1. Conceito e objeto jurídico

Exação é a cobrança rigorosa de dívida ou de impostos. A espécie visa proteger a Administração Pública.

7.2. Ação nuclear

Consiste o crime em exceder-se o funcionário no desempenho da função de receber imposto, taxa ou emolumento. Há duas modalidades:

- Exigência indevida (excesso no modo de exação): há uma exigência de tributo ou contribuição social que o agente sabe ou deveria saber indevido.
- Cobrança vexatória ou gravosa (exação fiscal vexatória): temos que a exigência de tributo ou contribuição social é devida, mas a cobrança se faz de modo não permitido pela lei, de maneira vexatória ou gravosa para o devedor. Segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 158):

> Meio vexatório é o meio que causa humilhação, tormento, vergonha ou indignidade ao sujeito passivo. Gravoso é o que lhe importa maiores despesas. Nas duas hipóteses, é necessário que a lei não autorize o emprego do meio escolhido pelo funcionário.

7.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, que só pode ser cometido por funcionário público. Segundo Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 240), não se exige que o funcionário praticante de uma das ações típicas seja competente para a arrecadação, podendo ser outro movido por qualquer interesse. Admite-se a participação de particular.

7.4. Sujeito passivo

É o Estado sujeito passivo principal. De maneira secundária, o particular ou outro funcionário, vítima da conduta.

7.5. Elemento subjetivo

É o dolo, a vontade livre e consciente de exigir tributo ou contribuição social que sabe (dolo direto) ou deveria saber (dolo eventual) indevido, ou a vontade de empregar meio vexatório ou gravoso na cobrança do valor devido.

Para Mirabete (2001b, v. 3, p. 323), na expressão “deveria saber indevido”, “a lei refere-se à culpa do funcionário que erra na cobrança do tributo ou da contribuição de melhoria contra o contribuinte por negligência, imprudência ou imperícia”. Para Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 159), trata-se de dolo

eventual; o sujeito “não tem plena certeza da natureza indevida da cobrança (dolo direto; modalidade anterior), mas tem conhecimento de fatos e circunstâncias que claramente a indicam”.

7.6. Consumação e tentativa

Na primeira modalidade típica, o delito consuma-se no momento em que é feita a exigência do tributo ou contribuição social. Tratando-se de crime formal, a consumação independe do efetivo pagamento do tributo ou contribuição social. Na segunda, o crime consuma-se com o emprego do meio vexatório ou gravoso. Igualmente independe do efetivo recebimento do tributo ou contribuição social.

A tentativa é admissível, como no crime de concussão, desde que a conduta seja plurissubsistente.

8. EXCESSO DE EXAÇÃO – § 2º DO ART. 316 DO CP

De acordo com o § 2º do art. 316:

> Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:
> Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Pune-se a conduta do funcionário que, após praticar a primeira modalidade do delito de excesso de exação (exigir imposto, taxa ou emolumento que sabe indevido), em vez de recolher o tributo aos cofres públicos, o desvia em proveito próprio ou de outrem.

Na hipótese do § 1º, o funcionário público exige o tributo e o encaminha aos cofres públicos. No § 2º, após receber o tributo, o funcionário público o desvia, em proveito próprio ou alheio.

A Lei n. 8.137/90 só modificou a pena do § 1º, a qual atualmente é mais grave do que a do § 2º, no que diz respeito à pena mínima.

Art. 317 – Corrupção passiva

1. CONCEITO

Prevê o art. 317:

> Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se o funcionamento normal da Administração Pública. Segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 164), a corrupção passiva pode ser considerada uma forma de “mercancia” de atos de ofício que devem ser realizados pelo

funcionário.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear – objeto material – elemento normativo

Três são as condutas típicas:

- Solicitar: pedir, manifestar o desejo de querer algo. O próprio funcionário solicita a vantagem.
- Receber: aceitar, entrar na posse. Aqui a proposta à qual adere o funcionário parte de terceiros (*extraneus*), ou seja, o agente não só aceita a proposta mas também recebe a vantagem indevida.
- Aceitar promessa: concordar com o recebimento. A proposta à qual adere o funcionário também parte de terceiros (*extraneus*), mediante a aceitação de receber a vantagem. Nesse caso ainda não há o seu efetivo recebimento.

A proposta pode ser realizada diretamente pelo corruptor ou indiretamente por pessoa interposta. A aceitação da promessa de vantagem também pode ocorrer por meio de terceira pessoa. É indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a solicitação, recebimento ou aceitação de vantagem seja realizada pelo funcionário público em razão da função (ainda que fora dela ou antes de assumi-la).

A vantagem solicitada, recebida ou prometida consubstancia-se em uma contraprestação à realização ou abstenção de algum ato de competência específica do funcionário público (ato de ofício). Segundo Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 249), se o ato não é da atribuição do funcionário, comete ele o delito previsto no art. 332 (tráfico de influência) e no art. 333 (corrupção ativa). Não exige a lei que o ato seja ilegítimo, ilícito ou injusto (é a chamada corrupção própria). Também configura o crime a prática de ato legítimo, lícito e justo (é a chamada corrupção imprópria).

O objeto do ilícito é a vantagem indevida, que pode ser patrimonial ou moral. Contém, portanto, o tipo um elemento normativo: a vantagem deve ser indevida. Ausente esse requisito, o fato é atípico ou então poderá configurar-se o crime de prevaricação. Ocorre uma espécie de troca entre a vantagem indevida a que visa o agente e a ação ou omissão funcional que beneficiará o terceiro.

Quando a vantagem indevida é entregue antes da prática do ato pelo funcionário público, há a chamada corrupção antecedente; quando a vantagem é entregue posteriormente à prática do ato, há a corrupção subsequente.

Toda aceitação de presente por parte do funcionário público configura o crime de corrupção passiva? Segundo a doutrina (HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 369-370) e

jurisprudência, temos o seguinte quadro:

- Gratificações usuais de pequena monta por serviço extraordinário (não se tratando de ato contrário à lei) não podem ser consideradas corrupção passiva.
- Pequenas doações ocasionais, como as costumeiras “Boas Festas” de Natal ou Ano-Novo, não configuram crime. Nesses casos, não há consciência por parte do funcionário público de estar aceitando uma retribuição por algum ato ou omissão. Não há dolo.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, portanto só pode ser cometido por funcionário público em razão da função (ainda que esteja fora dela ou antes de assumi-la). Nada impede, contudo, a participação do particular ou de outro funcionário mediante induzimento, instigação ou auxílio. O particular que oferece ou promete vantagem indevida ao funcionário público responde pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) e não pela participação no crime em estudo. Trata-se de uma exceção à regra prevista no art. 29 do CP, pois o participante responde por outro crime (art. 333 do CP). O fiscal que exige ou solicita dinheiro para não cobrar imposto pratica delito específico, previsto no art. 3º, II, da Lei n. 8.137/90 (três a oito anos de reclusão). Em razão dessa pena, não se faz necessária a defesa preliminar do art. 514 do CPP, uma vez que o crime é inafiançável. Se o sujeito ativo for testemunha, perito, tradutor ou intérprete judicial, realizada a corrupção em face de processo judicial ou administrativo, há o delito do art. 342, § 1º, do CP. O jurado comete o delito do art. 317 do CP.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado. O *extraneus* também pode ser sujeito passivo na hipótese em que não pratica o crime de corrupção ativa, por exemplo: quando o funcionário público solicita a vantagem indevida ao particular. Nessa hipótese, o particular não ofereceu nem prometeu qualquer vantagem, logo não há o crime de corrupção ativa.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, a vontade livre e consciente de praticar uma das ações típicas. Exige-se, também, o elemento subjetivo do tipo (finalidade especial exigida pelo tipo) contido na expressão “para si ou para outrem”. Não se exige que o sujeito ativo tenha a intenção de realizar ou deixar de realizar o ato de ofício que deu ensejo à corrupção.

5. CONSUMAÇÃO

Trata-se de crime formal. Consuma-se no instante em que a solicitação chega ao conhecimento do terceiro ou em que o funcionário recebe a vantagem ou aceita a promessa de sua entrega. Prescinde-se, portanto, de que o funcionário efetivamente realize, retarde ou omita o ato funcional. Se, contudo, realiza o prometido, incide a causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 317, o que, em princípio, sendo mero exaurimento, funciona como aumento de pena por expressa previsão legal. Nas modalidades receber e aceitar, há a prática, por outra pessoa, do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP).

6. TENTATIVA

A tentativa é de difícil ocorrência, mas não é impossível. Basta que haja um *iter criminis* a ser cindido: solicitação feita por carta, que é interceptada pelo chefe da repartição (nesse sentido: NORONHA, 1992, v. 4, p. 252).

7. DIFERENÇA ENTRE CONCUSSÃO, PREVARICAÇÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA

Na concussão (art. 316 do CP), o funcionário público constrange, exige a vantagem indevida, e a vítima, em razão de uma ameaça, temendo alguma represália, cede à exigência. Na corrupção passiva, em sua primeira figura, há um mero pedido, uma mera solicitação, e a vítima visa, na realidade, obter benefícios em troca da vantagem prestada.

Na prevaricação (art. 319 do CP), o funcionário público age ou deixa de agir para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Ele não é movido pelo interesse de receber qualquer vantagem indevida por parte de terceiro. Não há, na realidade, qualquer intervenção de terceiro.

8. FORMAS

8.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 317 do CP.

8.2. Causa de aumento de pena (CP, art. 327, § 2º)

Está prevista no art. 327, § 2º: quando se tratar de funcionário público ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento.

8.3. Causa de aumento de pena (CP, art. 317, § 1º)

Está prevista no art. 317, § 1º:

> A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Na primeira parte do dispositivo, temos a corrupção passiva imprópria (prática de ato lícito – ato funcional); na segunda parte, a corrupção passiva própria (prática de ato ilícito). Constituem, na realidade, hipóteses de exaurimento do crime, mas que acabam por funcionar como causa de aumento de pena.

8.4. Privilegiada

Está prevista no art. 317, § 2º, com a seguinte redação:

> Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
>
> Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Trata-se de conduta de menor gravidade, na medida em que o agente pratica ou deixa de praticar o ato cedendo a pedido ou influência de outrem, portanto, ao contrário das formas anteriores, o agente não age em virtude do recebimento de vantagem indevida para si ou para outrem. Na realidade, ele transige com o seu dever funcional perante a Administração Pública para agradar, bajular terceiro. Trata-se de crime material, em razão da forma como está redigido o dispositivo, cuja consumação se opera com a realização de uma das ações típicas. Se não cede a pedido ou influência de terceiro, mas age por mera indulgência, pratica o crime do art. 320 do CP.

Art. 318 – Facilitação de contrabando ou descaminho

1. CONCEITO

Segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 170):

> Contrabando é o fato de importar ou exportar mercadorias que são total ou parcialmente proibidas de entrar ou sair do nosso país. Descaminho é a importação ou exportação de mercadorias sem o pagamento do tributo devido. Diferem em que, no contrabando, a mercadoria é de importação ou exportação proibidas (total ou relativamente); no descaminho, a importação e a exportação da mercadoria são permitidas, consistindo o delito na fraude tendente a evitar o pagamento do tributo devido.

Pune-se aqui a conduta do funcionário público que, infringindo dever funcional, facilita a prática do contrabando ou do descaminho. Em tese, seria ele partícipe do crime previsto no art. 334 do CP (crime de contrabando ou descaminho), contudo o legislador preferiu erigir tal conduta criminosa em um tipo penal autônomo. Responderá ele, assim, pelo delito em estudo.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a Administração Pública no que diz respeito ao erário. Tutelam-se também a saúde, a moral e a ordem pública quando os produtos forem de importação ou exportação proibida.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear – elemento normativo

Ação nuclear típica consubstancia-se no verbo “facilitar”, auxiliar, tornar fácil, remover obstáculos. Pode o auxílio se dar de maneira ativa ou omissiva. Comete o crime em tela, assim, segundo Mirabete (2001b, v. 3, p. 330), tanto aquele

> que indica ao autor do contrabando ou descaminho as vias mais seguras para a entrada ou saída da mercadoria, como (aquele) quem, propositadamente, não efetua regularmente as diligências de fiscalização destinadas a evitá-las.

O tipo penal contém um elemento normativo consubstanciado na expressão “com infração do dever funcional”. Dessa feita, o funcionário, ao facilitar o contrabando ou descaminho, deve estar violando dever funcional. Sem essa transgressão, o funcionário público será considerado partícipe do delito previsto no art. 334 do CP ou o fato será atípico.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois é sujeito ativo somente o funcionário público com dever funcional de repressão ao contrabando ou descaminho, ou seja, pratica a conduta aquele que tem o dever de reprimir ou fiscalizar o contrabando, ou de cobrar direitos ou imposto devidos pela entrada ou saída de mercadorias do País. Conforme estudado, o funcionário público será partícipe do crime previsto no art. 334 do CP se facilitar o contrabando ou descaminho sem infringir dever funcional. Se, contudo, um funcionário auxiliar outro funcionário, que tem o dever funcional, a facilitar o contrabando ou o descaminho, o primeiro deverá responder como partícipe do crime previsto no art. 318.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular da regularidade da Administração Pública.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de facilitar o contrabando ou descaminho. Deve o agente ter consciência de que está violando o dever funcional (elemento normativo do tipo). Ausente essa consciência, deverá ele responder como partícipe do crime de contrabando ou descaminho (art. 334 do CP).

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Trata-se de crime formal. Consuma-se o delito com a facilitação, independentemente da prática efetiva do contrabando ou descaminho.

A tentativa é admissível somente na conduta comissiva.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 318 do CP.

6.2. Causa de aumento de pena

Se o sujeito ativo exerce cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento em determinadas entidades ligadas à atividade alfandegária do Estado, aplica-se a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP.

7. COMPETÊNCIA

É da Justiça Federal, ainda que o funcionário seja estadual.

8. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

Art. 319 – Prevaricação

1. CONCEITO

Segundo Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 256-257):

> Prevaricação é a infidelidade ao dever de ofício, à função exercida. É o não cumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por interesse ou sentimento próprios. Nossa lei compreende a omissão de ato funcional, o retardamento e a prática, sempre contrários à disposição legal.

2. OBJETO JURÍDICO

O objeto jurídico é o interesse da Administração Pública, que não se compadece com o proceder do funcionário o qual não cumpre seus deveres com o fito de satisfazer objetivos pessoais, prejudicando o desenvolvimento normal e regular daquela atividade.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear – elemento normativo – objeto material

As condutas típicas consubstanciam-se nos seguintes verbos:

- Retardar: é atrasar, adiar, deixar de praticar o ato de ofício no prazo estabelecido.
- Deixar de praticar: é a omissão. O agente não pratica o ato de ofício.
- Praticar (contra disposição expressa de lei): é a conduta comissiva em que o agente executa o ato de maneira ilegal.

O tipo penal contém dois elementos normativos: 1) o retardamento do ato ou

a sua omissão devem ser *indevidos* (injustos ou ilegais); 2) a prática do ato de ofício, por sua vez, deve ser *contra disposição expressa de lei* (trata-se de norma penal em branco).

O objeto material do crime é o ato de ofício, portanto não há falar em prevaricação se o ato praticado, omitido ou retardado não se insere no âmbito de competência funcional do servidor.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois somente pode ser cometido por funcionário público. Admite-se a participação de terceiro.

3.3. Sujeito passivo

Sujeito passivo principal é o Estado. O particular, de maneira secundária, também pode ser vítima do delito em tela, caso venha a sofrer algum dano em face da conduta criminosa do funcionário público.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, a vontade livre e consciente de retardar, omitir ou praticar ilegalmente o ato de ofício. É necessário que o agente tenha consciência de que se omite indevidamente ou de que pratica o ato de ofício contra expressa disposição legal. Exige-se o elemento subjetivo do tipo consistente na vontade de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. O interesse pode ser patrimonial (desde que não haja recebimento de vantagem indevida, pois seria corrupção passiva) ou moral. Com relação ao sentimento pessoal, cite-
-se como exemplo: o funcionário público que deixa de expedir um alvará por ser o solicitante seu inimigo.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime com o retardamento, omissão ou prática do ato. As condutas omissivas inadmitem a tentativa. Se o crime for comissivo, a tentativa é perfeitamente possível, pois há um *iter criminis* passível de ser fracionado.

6. DISTINÇÕES ENTRE O DELITO DE PREVARICAÇÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA

6.1. Delito de prevaricação

Na corrupção passiva, o funcionário público age ou deixa de agir visando receber vantagem indevida. Isso não ocorre na prevaricação, pois aqui ele viola os seus deveres para atender a sentimentos pessoais. Ele não é movido pelo interesse de receber qualquer vantagem indevida por parte de terceiro. Não há,

na realidade, qualquer intervenção de terceiros.

6.2. Delito de prevaricação e corrupção privilegiada

Na corrupção passiva privilegiada, o agente atende a pedido ou influência de outrem, o que não sucede na prevaricação, pois aqui o agente visa satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

7. FORMAS

7.1. Dolosa simples

Está prevista no *caput* do art. 319 do CP.

7.2. Causa de aumento de pena

Está prevista no *caput* do art. 327, § 2º, do CP.

Art. 319-A

1. PREVISÃO LEGAL

A Lei n. 11.466, de 28 de março de 2007, que entrou em vigor na data de sua publicação, isto é, em 29 de março de 2007, acrescentou um novo crime ao CP, qual seja o do art. 319-A, cujo teor é o seguinte:

> Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
>
> Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

2. COMENTÁRIOS

Infelizmente, na atualidade, a combinação da ausência de medidas administrativas efetivas que impedissem a entrada do telefone móvel nos presídios com a inexistência de uma punição efetiva para aqueles que permitissem a sua entrada e para aqueles que o utilizassem trouxe um resultado bombástico: a atuação vertiginosa e descontrolada da criminalidade organizada por todo o País.

A nossa Lei de Execução Penal não considerava o uso dessa tecnologia uma falta grave. Na realidade, quando da edição da lei, o legislador sequer cogitava da existência do telefone celular. A Lei n. 11.466/2007, portanto, foi criada com o intuito de suprir a omissão legal, trazendo duas inovações:

a) Incluiu o inciso VII no art. 50 da LEP, passando a considerar falta grave o condenado à pena privativa de liberdade ter "em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo". A partir de então, a consideração da posse

do telefone celular como falta grave acarreta ao condenado uma série de consequências, como a revogação de até 1/3 dos dias remidos (por força da nova disciplina da Lei n. 12.433/2011), a impossibilidade da concessão do livramento condicional, a impossibilidade da progressão de regime, e possibilita a regressão de regime. Além disso, conforme o art. 53 da LEP, é possível aplicar as sanções de suspensão ou restrição de direitos (art. 41, parágrafo único, da LEP), isolamento ou inclusão no regime disciplinar diferenciado. Ressalte-se que, embora o art. 50 refira-se ao condenado à pena privativa de liberdade, os presos provisórios também se sujeitarão às sanções disciplinares, compatíveis com a sua situação, em decorrência do cometimento, no caso, de falta grave, pois, de acordo com o art. 44, parágrafo único, da LEP:

> Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

Mencione-se, ainda, que, de acordo com a Súmula n. 716 do STF:

> Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Dessa forma, será possível decretar a regressão de regime no caso de preso provisório que for flagrado de posse de telefone celular.

b) Acrescentou o art. 319-A ao CP, tipificando a conduta daquele que, tendo o dever legal de impedir o acesso do preso ao aparelho telefônico, rádio ou similar, torna-se omisso. Não se pune criminalmente, portanto, no caso, o preso que utiliza o aparelho telefônico, rádio ou similar, mas tão somente o Diretor de Penitenciária ou agente público (por exemplo: carcereiro) que deixa de cumprir o dever de vedar ao preso o acesso ao aparelho. O criminoso, frise-se, apenas comete falta grave. Mencione-se que o crime se consuma no momento em que há o descumprimento do dever legal pelo Diretor ou agente público, possibilitando o acesso do preso ao aparelho, independentemente de ele vir a lograr a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Em virtude da pena cominada, estamos diante de uma infração de menor potencial ofensivo, sujeita aos institutos e procedimentos da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Finalmente, a Lei n. 12.012, de 6 de agosto de 2009, por sua vez, acrescentou ao Código Penal, no Capítulo III, denominado “Dos Crimes Contra a Administração da Justiça”, o art. 349-A, tipificando como crime o ingresso, a promoção, intermediação, auxílio ou facilitação da entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. Pena: detenção, de três meses a um ano. Trata-se, portanto, de crime comum, que pode ser praticado pelo particular, normalmente,

por familiares dos presos, suprindo, assim, a antiga omissão do art. 319-A, que apenas incriminava a conduta do agente público.

Art. 320 – Condescendência criminosa

1. CONCEITO

Trata-se de espécie de prevaricação privilegiada. O agente, por indulgência, deixa de denunciar ou não responsabiliza seu subordinado pelas infrações praticadas no exercício do cargo.

2. OBJETO JURÍDICO

Segundo Mirabete (2001b, v. 3, p. 336):

> Tutela-se, ainda, a regularidade administrativa. Estando os funcionários públicos sujeitos às normas e princípios que disciplinam o exercício de suas respectivas funções, exige-se que os superiores promovam a responsabilidade daqueles que as infringirem. Tenta-se evitar, com o dispositivo em apreço, a dissimulação e ocultação das faltas praticadas pelos funcionários.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

O tipo penal contém duas condutas típicas:

- "Deixar" o funcionário público, por indulgência, de "responsabilizar" subordinado que cometeu infração no exercício do cargo. Trata-se de crime omissivo puro. O agente, tendo o dever legal de apurar os fatos e responsabilizar o funcionário pela infração por este cometida, não o faz por tolerância. A infração deve necessariamente estar ligada ao exercício do cargo.
- Quando lhe falte competência, "não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente". Trata-se de crime omissivo. O agente, nessa hipótese, não tem atribuição legal para apurar os fatos e sancionar o subordinado, porém omite-se ao deixar de levar a infração ao conhecimento da autoridade competente.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois somente o funcionário público pode praticar o delito em tela. Deve o agente ser necessariamente superior hierárquico do funcionário público infrator.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do bem jurídico protegido.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, a vontade livre e consciente de praticar uma das condutas típicas. Exige-se também o elemento subjetivo do tipo contido na expressão "por indulgência". O agente, portanto, omite-se por tolerância, brandura. Haverá o crime de prevaricação se o agente se omitir para atender a sentimento ou interesse pessoal. Se o fim é a obtenção de vantagem indevida, o crime será de corrupção passiva.

Se o agente, por culpa, não tomar conhecimento da infração praticada pelo funcionário subalterno, não há configuração do tipo penal (nesse sentido: NORONHA, 1992, v. 4, p. 263).

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com a simples omissão: ciente da infração, o agente não toma qualquer providência para responsabilizar o funcionário ou não comunica o fato à autoridade competente, se não tiver atribuição para fazê-lo.

Trata-se de crime omissivo puro, portanto a tentativa é inadmissível.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 320 do CP.

6.2. Causa de aumento de pena

Está prevista no art. 327, § 2º, do CP.

Art. 321 – Advocacia administrativa

1. CONCEITO

Consoante o disposto no art. 321 do CP:

> Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário.

Trata-se de crime em que o funcionário público vale-se dessa condição para advogar ou favorecer interesse privado.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se, dessa forma, o funcionamento regular da Administração Pública e a moralidade administrativa contra as influências pessoais.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo consubstancia-se no verbo "patrocinar", isto é, advogar, favorecer, no caso, interesse privado perante os órgãos da

Administração Pública. O patrocínio pode ocorrer diretamente, sem intermediário, por exemplo, fazendo uma petição ou, ainda, indiretamente, uma terceira pessoa, um testa de ferro, encarregando-se de entrar em contato com a Administração sob as orientações do funcionário.

É necessário que o funcionário se valha das facilidades da qualidade de funcionário público. O interesse patrocinado deve ser privado (legítimo ou ilegítimo).

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois somente o funcionário público pode praticá-lo. É possível a participação de particular mediante induzimento, instigação ou auxílio secundário.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do bem protegido pela norma penal.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, a vontade livre e consciente de patrocinar interesse privado perante a Administração Pública. Não importa o fim específico do agente na prática do delito (amizade ou qualquer outro interesse). Na forma qualificada (art. 321, parágrafo único), o agente deve ter conhecimento da ilegitimidade do interesse.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime consuma-se com o primeiro ato caracterizador do patrocínio, independentemente da obtenção do resultado pretendido. A tentativa é admissível no seguinte exemplo citado por Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 266): “Uma petição em que se advoga o interesse de terceiro, sendo, entretanto, o funcionário, obstado de, no momento preciso, apresentá-la a quem de direito”.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 321 do CP.

6.2. Qualificada

Está prevista no art. 321, parágrafo único:

> Se o interesse é ilegítimo:
>
> Pena – detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Exige-se para a caracterização dessa majorante que o sujeito ativo tenha ciência da ilegitimidade do interesse.

6.3. Causa de aumento

Tratando-se de ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento, é de aplicar-se o art. 327, § 2º, do CP.

6.4. Culposa

Não há previsão legal.

7. DISTINÇÕES

Se o patrocínio de interesse privado se der perante a Administração Fazendária: veja art. 3º, III, da Lei n. 8.137/90.

Se o patrocínio de interesse privado perante a Administração estiver relacionado com licitação pública: veja art. 91 da Lei n. 8.666/93.

Art. 322 – Violência arbitrária

1. CONCEITO

Prevê o art. 322:

Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la: (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se aqui o normal desempenho da Administração Pública e a incolumidade física do indivíduo e sua liberdade, que também são atingidas com as ações abusivas e violentas do funcionário público.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

A conduta típica é praticar violência, empregar força física (*vis corporalis*): vias de fato, lesão corporal (leve, grave ou gravíssima) ou homicídio. Não abrange, portanto, a violência moral. Exige o tipo penal que a violência seja arbitrária, isto é, não autorizada em qualquer norma jurídica. Quando for autorizada, não há falar no crime em tela (o emprego de força para a consecução da prisão em flagrante na hipótese em que o delinquente resiste). A violência deve ser empregada no exercício da função, quando o funcionário efetivamente desempenha a atividade funcional ou, a pretexto de exercê-la, o agente faz a vítima acreditar que ele está exercendo sua função, quando na realidade não está.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois somente o funcionário público pode praticá-lo (Policial, Oficial de Justiça, Juiz de Direito). É possível a participação de particular.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do bem jurídico protegido. O particular também é sujeito passivo em razão da violência contra ele praticada.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, a vontade livre e consciente de praticar a violência no exercício da função ou a pretexto de exercê-la. É necessário o agente ter consciência de que a sua conduta é ilegítima ou ilícita.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime consuma-se no momento em que a violência é empregada contra a vítima. Basta a prática de vias de fato para configurá-la. Diante da disposição legal expressa, se da violência empregada resultarem lesões corporais ou homicídio, haverá acúmulo de sanções (concurso material).

A tentativa é perfeitamente possível.

6. CONCURSO

De acordo com o art. 322 do CP, a pena prevista para o crime de violência arbitrária deverá ser somada (concurso material) à pena correspondente à violência (homicídio, lesões corporais etc.). As vias de fato são absorvidas pelo crime em tela.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 322 do CP.

7.2. Causa de aumento de pena

Conferir o art. 327, § 2º, do CP.

8. VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA E A LEI N. 4.898/65

A Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 4.898/65) define como crime qualquer atentado à "incolumidade" física do indivíduo (art. 3º, *i*).

Pergunta-se: o art. 322 do CP foi revogado?

Resposta: a questão é bastante discutida na doutrina e jurisprudência.

a) Segundo Mirabete (2001b, v. 3, p. 342)[3]:

> O STF e alguns tribunais estaduais têm decidido pela não revogação do referido dispositivo do estatuto básico (...) São os seguintes os argumentos apresentados em defesa da tese:
>
> - a Lei n. 4.898/65 refere-se apenas ao abuso de autoridade, como consta do corpo do art. 3º, e não à violência arbitrária;
>
> - a lei especial não se referiu à acumulação de penas, sendo absurdo defender-se a absorção de lesões

corporais ou homicídio, mais severamente punidos que a violência arbitrária, por este delito;

- a lei especial não revogou expressamente o art. 322, não regulou toda a matéria e não é incompatível com este.

b) O TACrimSP, em inúmeros julgados, e a doutrina, por outro lado, manifestam-se no sentido da revogação do art. 322. Compartilham desse entendimento Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 186), Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 140) e Mirabete (2001b, v. 3, p. 342). Esse último, aliás, oferece os seguintes argumentos:

- referindo-se o art. 3º da Lei n. 4.898/65, a qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo (alínea *i*), abrange a prática de violência arbitrária;

- embora a lei especial não se tenha referido à cumulação de penas, deve ser aplicada a regra geral do art. 69 do CP, por força do art. 12 do mesmo Estatuto, que não a impede;

- a Lei n. 4.898/65 regulou toda a matéria referente ao abuso de autoridade e a violência arbitrária, havendo revogação tácita.

Art. 323 – Abandono de função

1. CONCEITO

Dispõe o art. 323 do CP:

Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei: (...)

Segundo Damásio de Jesus, o *nomen juris* é impróprio, uma vez que o tipo fala em "cargo público", o qual tem conceito diferente de "função pública".

- Cargo é o espaço na Administração criado por lei, ocupado por um funcionário público com vínculo estatutário, ao qual corresponde uma função de natureza pública. Função pública, segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 189),

  corresponde a qualquer atividade realizada pelo Estado com a finalidade de satisfazer as necessidade de natureza pública. Como se vê, o conceito de "cargo público" é menos amplo do que o de "função pública". Por isso, o nome do delito deveria ser "abandono de cargo" e não de "função".

- A todo cargo corresponde uma função, mas pode haver função pública sem cargo, como na hipótese de servidores contratados temporariamente, em regime de urgência, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 37, IX, da CF), os quais terão função, mas não cargo. Cargo, repita-se, é o espaço; função é a atribuição.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se a regularidade e a normalidade do desempenho da função pública, que são afetadas com a descontinuidade do exercício da atividade pública.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear está consubstanciada no verbo “abandonar” cargo público. Abandonar é afastar-se de, largar. Trata-se de crime omissivo puro. Exige-se que o abandono se dê por tempo juridicamente relevante, pois o que caracteriza o delito é a probabilidade de prejuízo. Se o abandono se der por tempo ínfimo, poderá haver tão somente falta disciplinar. O abandono pode acontecer de duas formas: pelo mero afastamento do funcionário ou quando ele não se apresenta no momento devido (NORONHA, 1992, v. 4, p. 275).

A lei contém um elemento normativo: abandonar cargo público “fora dos casos permitidos em lei”. Não há, assim, abandono nos casos permitidos em lei, por exemplo, em caso de guerra.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, portanto somente pode ser cometido por funcionário público.

3.3. Sujeito passivo

É o próprio Estado, titular do bem jurídico protegido.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de abandonar o cargo. Deve o agente ter consciência de que o abandono não é legalmente permitido e de que há probabilidade de causar prejuízo à Administração Pública.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime consuma-se com o afastamento do exercício do cargo público por tempo juridicamente relevante. Por se tratar de delito omissivo próprio, não admite a forma tentada.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 323 do CP.

6.2. Forma qualificada pelo prejuízo

Está prevista no § 1º:

> Se do fato resulta prejuízo público:
> Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Refere-se a lei ao prejuízo público (social, coletivo), não abrangendo o de natureza particular.

6.3. Forma qualificada pelo lugar compreendido na faixa de fronteira

Está prevista no § 2º:

> Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:
>
> Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

Considera-se, por lei, faixa de fronteira a situada dentro de 150 quilômetros ao longo das fronteiras nacionais (Lei n. 6.634/79). Por se tratar de faixa de fronteira, exige o interesse coletivo que as atividades públicas na região sejam prestadas de maneira continuada, sem interrupção, daí por que o agravamento da pena.

6.4. Causa de aumento de pena

Se o sujeito ativo exerce função de direção, cargo em comissão etc., é de aplicar-se o art. 327, § 2º, do CP.

Art. 324 – Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado

1. CONCEITO

Dispõe o art. 324:

> Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se mais uma vez o regular e normal funcionamento da Administração Pública.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear – elemento normativo do tipo

O tipo penal prevê duas condutas:

- Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais: trata-se de norma penal em branco. As exigências legais a que se refere o tipo penal estão contidas nos estatutos dos funcionários públicos civis (Estado e União).
- Continuar a exercer função pública, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso: é necessário que o funcionário seja informado oficialmente do impedimento para continuar no exercício da função pública. Não se presume o seu conhecimento. Segundo Mirabete (2001b, v. 3, p. 347),

  > exige-se, pois, a comunicação expressa ao agente público, não a suprindo a publicação no *Diário Oficial* quando não houver prova de que o agente tomou conhecimento inequívoco da exoneração, remoção, substituição ou suspensão.

Somente no tocante à aposentadoria compulsória, quando o agente completa 70 anos, por ser o afastamento automático, não há falar em comunicado oficial, pois deverá ele tornar-se inativo independentemente da edição do respectivo decreto (art. 187 da Lei n. 8.112/90). Essa segunda conduta típica contém um elemento normativo: "sem autorização". É necessário, assim, que o agente continue no exercício indevido da função pública sem autorização. Se presente esta, não há falar no crime em tela.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois somente pode ser praticado por funcionário público.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do bem protegido pela norma penal.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

A primeira conduta típica é o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de entrar no exercício da função pública antes de satisfeitas as exigências legais ou de continuar no seu exercício sem autorização. É necessário que o funcionário tenha consciência da irregularidade da conduta. É preciso ressaltar que na segunda conduta típica o agente deve ter conhecimento oficial da exoneração, remoção, substituição ou suspensão. Não basta o dolo eventual ou culpa.

5. CONSUMAÇÃO

Consuma-se o crime quando o funcionário pratica o primeiro ato de ofício indevido. Por se tratar de crime plurissubsistente, é possível a tentativa, por exemplo: suspenso, o funcionário comparece onde exerce sua atividade, mas é impedido de praticar o primeiro ato, por quem de direito (veja exemplo de NORONHA, 1992, v. 4, p. 282).

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 324 do CP.

6.2. Causa de aumento de pena

Tratando-se de funcionário ocupante de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento, em determinadas entidades, é de aplicar-se a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP.

Art. 325 – Violação de sigilo funcional

1. OBJETO JURÍDICO

Segundo Mirabete (2001b, v. 3, p. 348):

Enquanto nos arts. 153 e 154 a lei penal tutela a inviolabilidade dos segredos da pessoa física, no art. 325 está tutelado o sigilo da administração pública. Embora impere hoje o princípio da publicidade da atividade administrativa, há fatos que devem ser mantidos em sigilo, ao menos temporariamente, para não se comprometer o regular funcionamento da administração pública.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

As ações nucleares típicas consubstanciam-se nos seguintes verbos:

- Revelar o segredo (revelação direta): comunicar a terceiro fato ou circunstância que deveria ser mantido em sigilo.
- Facilitar a revelação do segredo (revelação indireta): consiste em auxiliar terceiro para que ele descubra o segredo (deixar aberto cofre contendo informações sigilosas).

O objeto do crime é o segredo funcional, ou seja, o agente dele tem conhecimento em razão do cargo que ocupa, de suas atribuições. Dessa forma, se, por acaso, tomar ciência de segredos de outro órgão da Administração, não se configurará o crime em tela. Ressalve-se que o segredo pode ser relativo a interesse particular, desde que se ache confiado à Administração Pública (nesse sentido: NORONHA, 1992, v. 4, p. 186). O sigilo do segredo não necessita ser perpétuo. Pode ele ser temporário, havendo crime se houver a revelação nesse período.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois só pode ser cometido por funcionário público. Se a revelação se opera após ele ter deixado definitivamente a função pública, não há o delito em apreço. Para Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 285), Mirabete (2001b, v. 3, p. 348) e Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 198), a norma também alcança o funcionário aposentado ou posto em disponibilidade, pois, embora não exerça mais as funções, continua a ser funcionário público.

2.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do sigilo. O particular também pode ser sujeito passivo quando a revelação lhe for prejudicial.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, a vontade livre e consciente de revelar o segredo funcional ou facilitar-lhe a revelação. O agente deve ter consciência de que o fato é sigiloso. Não há previsão da modalidade culposa. Dessa forma, se o funcionário se esquecer de fechar a gaveta de seu armário, e terceiro tomar conhecimento dos documentos secretos lá guardados, não se configurará o crime em tela.

4. CONSUMAÇÃO

Consuma-se o crime com a revelação do segredo, isto é, quando terceiro toma ciência dele. É nesse momento, podemos afirmar, que ocorre a revelação. Tratando-se de crime formal, a consumação do delito independe da ocorrência de dano efetivo à Administração Pública, bastando que haja dano potencial.

5. TENTATIVA

É possível a tentativa somente na revelação escrita do segredo. Na facilitação, também é admissível a forma tentada.

6. FORMAS

6.1. Dolosa simples

Está prevista no *caput* do art. 325 do CP.

6.2. Figuras equiparadas

A Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, acrescentou um § 1º ao art. 325 do CP, cujo teor é o seguinte:

> Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:
>
> I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;
>
> II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

Tutela-se aqui especificamente o sigilo do sistema de informações ou banco de dados da Administração Pública.

6.3. Figura qualificada

A Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, acrescentou um § 2º ao art. 325 do CP, cujo teor é o seguinte:

> Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

6.4. Causa de aumento de pena

Tratando-se de funcionário ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento em certas entidades, é de aplicar-se a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP.

7. DISTINÇÕES

a) Se o segredo for relativo a proposta de concorrência pública, a norma aplicável é a do art. 94 da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93).

b) Se o sigilo fosse referente ao inquérito ou processo por crime de tóxicos,

incidiria a regra do art. 17 da Lei n. 6.368/76. Em 24 de agosto de 2006, no entanto, foi publicada a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), que entrou em vigor 45 dias após sua publicação (art. 74) e acabou por revogar expressamente as Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002, as quais tratavam do tema (veja art. 75), não tendo o mencionado dispositivo legal sido reproduzido pela lei.

c) Se o segredo for relativo a interesses protegidos pela Lei de Segurança Nacional, aplicam-se os arts. 13, 14 e 21 da Lei n. 7.170/83.

1 Nesse sentido: Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 208); Hungria (1959, v. 9, p. 404). Em sentido contrário: Mirabete (2001b, v. 3, p. 300), para quem não há que se fazer tal distinção: "Embora o art. 327 do Código Penal esteja no capítulo dos crimes praticados por funcionários públicos, o conceito aí definido, como é pacífico na jurisprudência, estende-se não só a toda parte especial como às leis extravagantes, tendo a característica de regra geral, como a chama o art. 12 do CP. Ademais, referindo-se a lei genericamente a 'efeitos penais', não há porque se excluir do conceito de sujeito passivo do crime aqueles que a lei equipara ao funcionário público como agentes do delito (*RT* 655/324), máxime quando se admite como vítima de crimes praticados contra funcionários públicos, aqueles que não o são no sentido estrito, como os vereadores (*RT* 551/351-4), e mesmo os particulares quando exercem função pública (*RT* 617/301), como os peritos judiciais (*RTJ* 100/135; *RT* 556/397) e guardas-noturnos (*RT* 374/164; *JTACrimSP* 29/327-8)".

2 "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 equiparação 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* de 26-5-1995)" (STF, 1ª T., HC 79.823/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. em 28-3-2000, *Informativo STF* n. 183, de 27 a 31-3-2000).

3 Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 272) sustenta que não houve revogação do art. 322 pela Lei de Abuso de Autoridade.

CAPÍTULO II – DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Art. 329 – Resistência

1. CONCEITO

Dispõe o 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: (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se a autoridade e o prestígio da função pública, que são colocados em risco quando o particular se opõe à execução da ordem legítima da autoridade.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A conduta típica consiste na oposição do agente à execução de ato legal mediante o emprego de violência ou ameaça. É necessário que haja uma atuação positiva por parte do agente. Exige-se, portanto, o emprego de força física (*vis corporalis*) contra a autoridade pública ou contra terceiro que a auxilia. Não se configura o crime, assim, se a violência for empregada contra a coisa (quebrar os vidros da viatura policial). Poderá o agente, nesse caso, responder pelo crime de dano qualificado. No tocante à ameaça (*vis compulsiva*), ela pode ser real (apontar uma arma de fogo) ou verbal (promessa da prática de um mal). Se é necessário o emprego de violência ou grave ameaça contra a autoridade pública, conforme a doutrina, afasta-se o crime se o agente, por exemplo, se agarra a um poste ou empreende fuga (NORONHA, 1992, v. 4, p. 299). Nessas hipóteses, há o crime de desobediência. Ressalve-se que a violência ou ameaça devem ser empregadas para evitar a execução do ato funcional, do contrário (se for anterior ou posterior ao ato) poderemos estar diante de outro crime (ameaça, lesão corporal). Se a violência for empregada com o fim de fuga, após a prisão ter sido efetuada, o crime será aquele do art. 352 do CP.

3.2. Elemento normativo do tipo

É pressuposto do crime que o funcionário público esteja executando um ato legal (cumprimento de mandado de prisão). Se ilegal, a resistência não constituirá crime: ausência de mandado de prisão. Haverá o crime em apreço se, por outro lado, a ordem for legal, mas injusta,

por exemplo: juiz decreta a prisão preventiva de alguém por roubo. A polícia vai prender o sujeito e ele emprega violência. Posteriormente, prova-se que ele não era o autor do roubo e é absolvido por esse crime. A resistência, entretanto, continua existindo (veja exemplo citado por GONÇALVES, 2000, p. 149).

3.3. Sujeito ativo

É qualquer pessoa que se opõe à execução de ato legal, independentemente de dirigir-se ela ao agente ou outra pessoa. Nada impede, portanto, que seja um terceiro alheio ao ato legal. Tratando-se de prisão, assim, não raro a resistência parte de terceiros.

3.4. Sujeito passivo

É o Estado, titular da regularidade administrativa e do fiel cumprimento das ordens legais. Também é vítima o funcionário público que executa ou deve executar o ato, bem como terceiro que lhe presta auxílio eventual. O particular pode efetuar prisão em flagrante, nos termos do art. 301 do CPP. Se ele 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.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de opor-se à execução de ato legal, mediante o emprego de violência ou ameaça contra o funcionário público (ou o terceiro) (MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 363). Deve o agente ter consciência da legalidade do ato. Para Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 215) e Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 300), há o dolo de empregar violência ou ameaça contra o funcionário público e o elemento subjetivo do tipo (dolo específico) consistente no fim de se opor à execução de um ato legal. Sem esse fim especial de agir, não haverá o crime de resistência, podendo surgir outra infração, como ameaça, lesões corporais etc.

Quanto à exclusão do delito em virtude da embriaguez, três são as posições, segundo a doutrina:

- A embriaguez não exclui o elemento subjetivo do crime de resistência. Fundamento: art. 28, II, do CP. O agente embriagado pratica o crime de resistência. É a posição adotada por Mirabete (2001b, v. 3, p. 364).
- A embriaguez, qualquer que seja a sua intensidade, exclui o elemento subjetivo do crime de resistência.
- A embriaguez exclui o elemento subjetivo apenas quando o agente estiver inteiramente dominado pela intoxicação alcoólica. É a posição adotada por

Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 215).

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com o emprego da violência ou ameaça contra o funcionário. Trata-se de crime formal. Não se exige que o agente efetivamente impeça a execução do ato legal. É perfeitamente possível a tentativa. Se houver o emprego de ameaça, haverá o *conatus* se ela for realizada por escrito.

6. CONCURSO DE CRIMES

Prevê o § 2º:

> As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Trata-se de concurso material entre o crime de resistência e aqueles que resultarem do emprego de violência contra o funcionário (lesão corporal ou homicídio – as vias de fato são absorvidas pela resistência). Não há falar em concurso formal. Importa ressalvar que a violência praticada em face de mais de um funcionário compõe crime único, pois é o Estado que figura como sujeito passivo principal do crime em estudo.

Conforme assevera Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 151),

> 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 que, nesse caso, o desacato fica absorvido pela resistência.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 329 do CP.

7.2. Qualificada

Está prevista no § 1º:

> Se o ato, em razão da resistência, não se executa:
>
> Pena – reclusão, de um a três anos.

O legislador previu como qualificadora o que seria mero exaurimento do crime.

Art. 330 – Desobediência

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela a lei o prestígio e a dignidade da Administração Pública. Visa-se, com essa proteção, assegurar o cumprimento das ordens emanadas por funcionário público.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

O núcleo do tipo está consubstanciado no verbo “desobedecer”: desatender, não aceitar, não se submeter, no caso, à ordem legal do funcionário público. Pode o delito ser praticado mediante ação ou omissão. São exemplos citados na jurisprudência: recusa à identificação datiloscópica nos casos previstos em lei, oposição ao cumprimento de mandado judicial, recusa de entregar objetos necessários à prova de infração penal, recusa de apresentar documentos do veículo quando legalmente solicitados (veja exemplos escolhidos na jurisprudência por MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 367).

Para que exista o crime de desobediência, é necessário que haja uma ordem legal emanada de funcionário público. Não se cuida aqui de pedido ou solicitação, como no caso de Promotor de Justiça que, mediante ofício, solicita documentos. É necessário que haja uma ordem, uma determinação expressa e que esta seja transmitida diretamente ao destinatário, pois, se ele não foi devidamente cientificado, não se poderá falar no delito em tela.

Consoante a doutrina e a jurisprudência, se a norma extrapenal (administrativa, civil, processual) não fizer menção à aplicação cumulativa da sanção civil ou administrativa com o crime de desobediência, o descumprimento da ordem não configurará o crime em estudo: se o motorista se recusar a retirar o automóvel de local proibido, há somente a previsão legal de sanção administrativa no CTB. É necessário que a norma extrapenal ressalve expressamente a aplicação cumulativa de ambas as sanções (administrativa ou civil e penal) para que o descumprimento da ordem caracterize o crime em apreço. Vejamos: o art. 219 do CPP prevê expressamente:

> O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453[1], sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

2.2. Elemento normativo

O crime de desobediência só ocorre quando não atendida a ordem legal. Se ilegal, o particular pode descumprir a ordem sem que a sua conduta tipifique o crime em tela, pois, como é cediço, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Dessa forma, se o Delegado de Polícia requisita informação bancária e o gerente do banco não atende, este não pratica o crime de desobediência, pois ele somente é obrigado a fornecer os dados bancários mediante determinação judicial (veja exemplo citado por GONÇALVES, 2000, p. 150).

2.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, uma vez que pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive por funcionário público, desde que a ordem recebida não se relacione com as suas funções, pois, em caso afirmativo, pode haver o crime de prevaricação (NORONHA, 1992, v. 4, p. 302; JESUS, 2001b, v. 4, p. 217). Segundo esse entendimento doutrinário, se um funcionário público desobedecer às ordens de outro funcionário público, as quais tenham relação com a sua função, poderá haver o crime de prevaricação. Somente cometerá o crime de desobediência se o funcionário público desobedecer à ordem como particular (recusar-se a prestar depoimento como testemunha em processo criminal). Há na jurisprudência alguns entendimentos em sentido contrário.

Constitui crime de desobediência recusar-se a cumprir ordem legal emanada de funcionário de autarquia? Não. Conforme estudamos, a equiparação prevista no § 1º do art. 327 não se aplica ao sujeito passivo do crime, mas apenas ao sujeito ativo.

2.4. Sujeito passivo

É o Estado, titular do objeto jurídico protegido pela norma penal. É também o funcionário competente para emitir a ordem.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, a vontade livre e consciente de não obedecer à ordem legal do funcionário público. Exige-se ter ele consciência de que descumpre uma ordem legal emanada de funcionário público competente.

A embriaguez exclui o crime? Há três posições: a primeira considera excluído o elemento subjetivo no caso da embriaguez; outra corrente acredita que só se deve excluí-lo quando a embriaguez elimina a capacidade intelecto-volitiva do agente; por fim, há quem entenda que não estará ausente o dolo na conduta do ébrio.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O conteúdo da ordem emanada pode ser uma ação (determina-se que o destinatário faça algo) ou omissão (determina-se que o destinatário deixe de fazer algo). Nessa última hipótese, o crime consuma-se no momento em que o agente pratica a ação de que deveria se abster. Na primeira hipótese, por sua vez, para que se considere consumado o crime, é preciso verificar se o funcionário concedeu prazo para que o agente realizasse a ação devida, pois, ultrapassado este e tendo aquele se omitido, considera-se descumprida a ordem, portanto consumado o crime. Ausente qualquer prazo, deverá ser fixado um tempo

juridicamente relevante que caracterize a omissão, isto é, o descumprimento da ordem.

A tentativa somente é possível na forma comissiva do descumprimento do ato.

5. CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE

Se o agente estiver acobertado por alguma causa excludente da ilicitude, não haverá a caracterização do delito em apreço. Exemplos: advogado que se recusa a prestar depoimento para resguardar o sigilo profissional (exercício regular do Direito); médico que se recusa a fornecer informações relativas ao seu paciente.

Art. 331 – Desacato

1. OBJETO JURÍDICO

O bem jurídico tutelado são a dignidade, o prestígio, o decoro e o respeito devidos à função pública, de modo a possibilitar o regular exercício da atividade administrativa.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

A ação nuclear típica está consubstanciada no verbo "desacatar", isto é, ofender, humilhar, espezinhar, desprestigiar, agredir o funcionário, ofendendo a dignidade, o prestígio e o decoro da função. Pode o desacato ser praticado por diversos meios: palavras, gritos, gestos, escritos, se presente o funcionário, ou por meio do emprego de violência que constitua a contravenção de vias de fato ou o crime de lesões corporais. Exige o tipo penal que o desacato ocorra no exercício da função ou em razão dela. Dessa feita, na primeira hipótese, a ofensa é assacada contra funcionário que esteja no desempenho de sua função, pouco importando que tenha ou não relação com esta. Na segunda hipótese, ele está fora do exercício de sua função, mas a ofensa contra ele irrogada diz respeito a ela (dizer em um restaurante que o funcionário é uma "sanguessuga" da Administração Pública). Nessa hipótese, a ofensa atinge a dignidade, o prestígio da Administração Pública. Se a ofensa, contudo, disser respeito à vida particular do funcionário, configurar-se-á crime contra a honra (afirmar que ele é um adúltero). Exige-se, para a configuração do crime em tela, que as ofensas sejam proferidas na presença do funcionário, pois, na sua ausência, poderá haver o crime de injúria "qualificada" (art. 140 c.c. o art. 141, II, do CP). Não há desacato, por isso, se a ofensa é feita, por exemplo, por meio de carta ou telefone. Conforme a doutrina, entretanto, a existência do desacato não

pressupõe que o agente e o funcionário estejam face a face (NORONHA, 1992, v. 4, p. 309). Desse modo, haverá o crime se estiverem mesmo em salas separadas, com as portas abertas, e o agente falar algo para o funcionário ouvir.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa. A Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), em seu art. 7º, § 2º, no entanto, estabelece que o advogado não comete crimes de injúria, difamação ou desacato no exercício de suas funções, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares da OAB. Dessa feita, o Estatuto da OAB ampliou as hipóteses do art. 142, I, do CP, passando a prever a imunidade penal do advogado não só nos crimes de injúria e difamação mas também no crime de desacato. Essa disposição, contudo, foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, em que o preceito legal foi suspenso parcialmente no que tange ao crime de desacato na ADInMC 1.127, de 5-10-1994 (*RTJ* 178/67). É que, conforme entendimento do STF, a imunidade prevista no art. 133 da CF somente poderia abranger os crimes contra a honra e não os crimes contra a Administração. Disso resulta que o advogado pode cometer desacato.

No que tange à possibilidade de o funcionário público ser sujeito ativo do crime em análise, têm-se três posições, segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 221):

- O funcionário público não pode ser sujeito ativo de desacato, a não ser que se tenha despido da qualidade funcional ou o fato tenha sido cometido fora do exercício de suas funções.
- O funcionário público pode ser sujeito ativo, desde que seja inferior hierárquico do ofendido.
- O funcionário público pode ser sujeito ativo de desacato em qualquer hipótese (seja superior ou inferior hierárquico do ofendido), pois, ao praticar o fato contra o outro funcionário, despe-se dessa qualidade, equiparando-se ao particular. É a posição majoritária da doutrina.

2.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do bem jurídico tutelado. É também sujeito passivo o funcionário público desacatado. O ato de desacato praticado contra dois ou mais funcionários configura crime único, uma vez que o sujeito passivo imediato e primário do crime em tela é o Estado.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de praticar os atos ou proferir palavras injuriosas (humilhantes, desprestigiadoras). Conforme entendimento majoritário da doutrina, exige-se o fim de ofender ou desprestigiar a função exercida pelo funcionário público (elemento subjetivo do tipo). Segundo Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 310), "é a intenção ofensiva que distinguirá o desacato da resistência, quando a ofensa for praticada por meio de violência física ou moral". O dolo deve abranger o conhecimento da qualidade de funcionário público e de que ele está no exercício da função ou que a ofensa é irrogada em razão dela.

A exaltação de ânimos exclui o crime de desacato? Duas são as posições que procuram solucionar tal problemática. Para a corrente predominante, o desacato pressupõe um estado normal de ímpeto, a exaltação exclui o elemento subjetivo; para uma segunda corrente, minoritária, o desacato não exige ânimo calmo, de modo que o estado de exaltação ou cólera não exclui o elemento subjetivo do tipo. Além disso, a emoção não isenta o agente de responsabilidade pelo cometimento do desacato, uma vez que o art. 28, I, do CP prescreve que a emoção e a paixão não excluem o crime (compartilha do segundo posicionamento: JESUS, 2001b, v. 4, p. 224).

E a embriaguez, exclui o desacato? Há três posicionamentos:

- Consoante posicionamento majoritário na jurisprudência, o crime de desacato exige dolo específico, consistente na intenção de humilhar, ofender, o que se demonstra incompatível com o estado de embriaguez. Esse era o entendimento adotado por Nélson Hungria (1959, v. 9, p. 421).
- O estado de embriaguez não exige o chamado elemento subjetivo do tipo, logo ele não exclui o delito em tela. Além disso, há a previsão do art. 28, II, do CP.
- A embriaguez somente exclui o elemento subjetivo se eliminar a capacidade intelectual e volitiva do agente (nesse sentido: JESUS, 2001b, v. 4, p. 225).

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se no momento em que os atos ofensivos são praticados ou as palavras ultrajantes são irrogadas contra o funcionário público. Tratando-
-se de crime formal, não se exige que o funcionário público se sinta ofendido com os atos praticados. Não se exige também que terceiros presenciem o desacato para o crime se reputar consumado.

A tentativa é possível, salvo nos casos de ofensa oral. Ocorrerá, assim, o *conatus* quando alguém for impedido de agredir o servidor, quando for impedido

de atirar sobre ele imundície etc. (nesse sentido: MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 376; NORONHA, 1992, v. 4, p. 311). Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 226) entende que nesse exemplo a atitude do sujeito ativo configura desacato, pois a lei pune a atitude do autor, a qual pode consistir em simples gesto.

Art. 333 – Corrupção ativa

1. CONCEITO

Dispõe o art. 333, *caput*, do CP:

> Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: (...)

Conforme Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 231),

> trata-se de caso de exceção pluralista ao princípio unitário que norteia o concurso de agentes. Poderia haver um só delito para corruptor e corrupto. O legislador brasileiro, entretanto, para que uma infração não fique na dependência da outra, podendo punir separadamente os dois sujeitos, ou um só, descreveu dois delitos de corrupção: passiva (do funcionário: art. 317 do CP) e ativa (do terceiro: art. 333). Ao contrário do que se afirma, há concurso de agentes entre corruptor e corrupto. Só que o legislador, em vez de adotar o princípio unitário, resolveu aplicar o pluralista: um delito para cada autor.

2. OBJETO JURÍDICO

O tipo penal tutela o prestígio e a normalidade do funcionamento da Administração Pública.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

As ações nucleares do tipo estão consubstanciadas nos verbos: a) “oferecer vantagem indevida”, isto é, colocar à disposição ou aceitação; b) “prometer vantagem indevida”, isto é, comprometer-se, fazer promessa, garantir a entrega de algo ao funcionário. É necessário que a oferta ou promessa seja feita diretamente ao servidor, nada impedindo que seja ela efetuada por meio de interposta pessoa, coautor do crime em apreço. Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 158) ensina que, no caso em que o agente se limita a pedir para o funcionário dar um “jeitinho”, não há corrupção ativa, pois o agente não ofereceu nem prometeu nenhuma vantagem indevida. Nesse caso, se o funcionário dá o “jeitinho” e não pratica o ato de ofício, responde por corrupção passiva privilegiada e o particular figura como partícipe. Se o funcionário público não dá o “jeitinho”, o fato é atípico.

A oferta ou promessa é realizada com o fim de incentivar o funcionário a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Este compreende o ato de específica atribuição do agente público. É dispensável para a configuração do crime que o

funcionário visado aceite a oferta ou promessa de vantagem. Não estamos diante de um crime bilateral. Se, contudo, aceitar a vantagem, responderá pelo crime de corrupção passiva.

O objeto material do crime é a vantagem, que pode ser de qualquer natureza (patrimonial ou moral). Deve ela ser indevida (elemento normativo do tipo), isto é, ilícita, pois, se devida, o fato é atípico.

Não há corrupção ativa no caso de o sujeito dar ao funcionário pequenas gratificações ou doações em agradecimento a comportamento funcional seu. Não se verifica também a ocorrência do delito quando a vantagem é oferecida após o ato de ofício, pois, para que se configure o crime, a vantagem deve ser oferecida ou prometida para que um ato seja realizado no futuro. Se o corruptor oferecer alguma vantagem para evitar que o funcionário público pratique algum ato ilegal contra ele, não há o crime em tela.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, pois o crime pode ser cometido por qualquer pessoa, inclusive pelo funcionário público, desde que não aja com essa qualidade.

O menor de idade que oferece ou promete vantagem indevida a um policial, o qual o flagrou praticando um ilícito, não responde pelo crime de corrupção ativa, pois é inimputável; o policial, por sua vez, que aceita a vantagem pratica crime de corrupção passiva.

3.3. Sujeito passivo

O Estado, titular do bem jurídico ofendido. Se a corrupção é da testemunha ou perito, tradutor ou intérprete, aplica-se o art. 343 do CP.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de oferecer ou prometer vantagem, ciente de que ela é indevida e de que se destina a funcionário público. Exige-se também o elemento subjetivo do tipo: “(...) para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

5. CONSUMAÇÃO

Consuma-se o crime com a simples oferta ou promessa de vantagem indevida por parte do *extraneus* ao funcionário público, isto é, quando chega ao conhecimento deste, independentemente de ele aceitá-la ou recusá-la. Também não é necessário que o funcionário pratique, retarde ou omita o ato de ofício de sua competência. Trata-se de crime formal.

6. TENTATIVA

Tratando-se de crime unissubsistente, como a oferta ou promessa oral, não é possível a tentativa. Tratando-se de crime plurissubsistente, como a oferta ou promessa escrita, se esta não chega ao conhecimento do funcionário por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo, há tentativa do crime em tela.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 333 do CP.

7.2. Causa de aumento de pena

Está prevista no 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.

Se o funcionário, em razão da vantagem ou promessa, pratica ato de ofício legal, não se aplica a qualificadora, uma vez que o tipo menciona ato de ofício realizado com infração de dever funcional. Nesse caso, subsiste a forma simples de crime, descrita no *caput* da disposição (nesse sentido: JESUS, 2001, v. 4, p. 235).

8. CONCURSO

Segundo Mirabete (2001b, v. 3, p. 384), fazendo alusão ao ensinamento de Fragoso:

> Se a corrupção é praticada para que o funcionário público infrinja dever funcional que, por sua vez, constitui crime, haverá coautoria nesse delito, em concurso material com a corrupção ativa e a passiva.

9. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA – HIPÓTESES

O crime de corrupção ativa não é bilateral. Dessa feita, é possível que exista independentemente da corrupção passiva e vice-versa. Vejamos:

a) Corrupção passiva sem a ativa:

- Na forma “solicitar” do delito de corrupção passiva, a iniciativa é do funcionário público. Se o funcionário público solicita e o particular dá o dinheiro, só existe a corrupção passiva. É que o particular, na hipótese, não praticou qualquer das ações típicas do crime de corrupção ativa, ou seja, não ofereceu ou prometeu vantagem indevida, mas restringiu-se a entregar o que lhe foi solicitado. O fato é, portanto, atípico.
- Ocorre na hipótese em que o funcionário solicita e o particular se nega a entregar o que foi pedido.

b) Corrupção ativa sem a passiva:

- Ocorre na hipótese em que o funcionário público não recebe e não aceita a promessa de vantagem ilícita.

10. CORRUPÇÃO ATIVA E CONCUSSÃO

Observe-se que, segundo a jurisprudência, a corrupção ativa e a concussão são incompossíveis. Não é possível que, diante do mesmo fato, cometa o funcionário público concussão e o particular, corrupção ativa (MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 384).

Art. 337-A – Sonegação de contribuição previdenciária

1. CONCEITO

O art. 337-A, introduzido no CP pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000 (que entrou em vigor em 15 de outubro de 2000), tem o seguinte teor:

> Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> I – omitir de folha de pagamento de empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;
>
> II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;
>
> III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Desse modo, o art. 95 da Lei n. 8.212/91 acabou por ser revogado pela Lei n. 9.983/2000.

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se o patrimônio do Estado, em especial da Previdência Social.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

As ações nucleares consubstanciam-se nos verbos “suprimir” ou “reduzir”, no caso, contribuições previdenciárias (são aquelas referentes ao 13º salário, férias, salário de contribuição etc.) e seus acessórios, mediante a prática das condutas previstas em lei. Trata-se de crime de conduta vinculada, uma vez que a supressão ou redução da contribuição previdenciária somente pode ser realizada por meio de uma das omissões expressamente previstas no tipo penal.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois pratica o crime o particular responsável pelo

lançamento das informações nos documentos relacionados com os deveres e obrigações com a Previdência Social.

3.3. Sujeito passivo

É a Previdência Social, lesada com a supressão ou redução da contribuição previdenciária ou de seus acessórios.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade de suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária ou seus acessórios, mediante uma das condutas previstas em lei.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Trata-se de crime material, que se consuma com a supressão ou redução da contribuição social previdenciária ou de seus acessórios, mediante a prática de uma das condutas previstas em lei. É possível a tentativa.

6. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Prevê o § 1º do art. 337-A:

> É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

O início da ação fiscal se dá com a notificação do lançamento do tributo. Sobre o parcelamento e pagamento do débito previdenciário e seus efeitos na esfera penal (Leis n. 10.680/2003 e n. 12.382/2011), *vide* comentários ao art. 168-A.

7. PERDÃO JUDICIAL OU APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA

Dispõe o § 2º do art. 337-A:

> É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:
>
> (...)
>
> II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

8. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Dispõe o § 3º do art. 337-A:

> Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa.

Segundo o § 4º, esse valor “será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social”.

1 A violação a este dever importa em condução coercitiva, nos termos do art. 218 do CPP; além disso, o juiz poderá aplicar a multa de 1 a 10 salários mínimos, prevista no art. 458 c.c. o art. 436, § 2º, do CPP (alterados pela Lei n. 11.689/2008). A previsão legal dessa multa encontrava-se no antigo art. 453 do CPP, daí o porquê de o art. 219 fazer a ele remissão.

CAPÍTULO III – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Art. 339 – Denunciação caluniosa

1. OBJETO JURÍDICO

Protege-se primordialmente o interesse da Justiça, que deve ficar a salvo de falsas imputações de crime. Protegem-se, também, a liberdade e a honra do imputado.

2. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

2.1. Ação nuclear

Dispõe o art. 339, com a redação determinada pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000:

> 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: (...)

Antes das alterações promovidas por essa lei, havia o crime de denunciação caluniosa somente quando o sujeito ativo desse causa à investigação policial ou processo judicial. A atual redação do art. 339 é, portanto, mais abrangente. Desse modo, prevê o tipo penal que constitui crime "dar causa", ou seja, provocar:

- instauração de investigação policial;
- processo judicial: ação penal;
- investigação administrativa: sindicância, processo administrativo;
- inquérito civil: veja art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985;
- ação de improbidade administrativa: veja Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Trata-se de crime de forma livre, que pode ser praticado por meios diversos (oralmente, por escrito, por telefone etc.) e das seguintes maneiras (Fragoso apud MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 402):

a) Direta: o agente apresenta a notícia criminal, verbalmente ou por escrito, à autoridade (Delegado de Polícia, Promotor de Justiça).

b) Indireta:

- denúncia anônima;
- contar um fato a algum terceiro de boa-fé para que este acabe levando ao conhecimento da autoridade;
- colocar um objeto ilícito, por exemplo, entorpecente, no carro de alguém

inocente e denunciar o fato a autoridade policial. Não se exige, portanto, *notitia criminis* formal. Segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 163),

> se o próprio policial coloca droga na bolsa de alguém e o prende em flagrante, existe crime de denunciação caluniosa direta, pois foi o próprio autor da farsa quem deu início à investigação policial. Responderá, também, neste caso, por crime de abuso de autoridade.

A ação da autoridade pública deve ter sido causada por conduta espontânea do sujeito. A iniciativa de movimentar a autoridade deve vir de ato próprio do agente, não de terceiro. Dessa forma, se ele faz a acusação em razão de questionamento de outrem, não existe o crime: réu que atribui o crime a outra pessoa em seu interrogatório; testemunha a qual fala que o crime foi cometido por outra pessoa, visando beneficiar o réu (nesse caso, responde por falso testemunho) (nesse sentido: JESUS, 2001b, v. 4, p. 270).

Na imputação falsa de crime, o agente dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Exige-se, assim, que haja a falsa imputação de crime, ou seja, de um fato preciso e determinado, visando a uma pessoa determinada ou que possa ao menos ser identificada. A imputação de contravenção penal configura causa de diminuição de pena (art. 339, § 2º, do CP). A imputação deve ser falsa. Temos, assim:

- O fato criminoso é verdadeiro, porém a pessoa a quem se atribuiu a autoria ou participação não o praticou.
- O fato criminoso é inexistente, atribui-se ao imputado a prática de um crime que não ocorreu.
- O fato criminoso existiu, porém atribui-se ao imputado a prática de crime mais grave, como afirmar que fulano roubou, quando na realidade ele furtou.

O fato imputado deve ser típico e antijurídico. Se assim não for, afasta-se a possibilidade de instauração de qualquer procedimento investigatório ou processo judicial, portanto não se configura o crime em tela. O mesmo ocorre se presente alguma escusa absolutória ou se o fato imputado estiver prescrito ou acobertado por qualquer causa extintiva da punibilidade.

Uma questão: o art. 19 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, foi revogado pelo art. 339 do CP? Dispõe o art. 19 da referida lei:

> Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente:
>
> Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Segundo entendimento doutrinário, se o agente imputar falsamente ato de

improbidade que ao mesmo tempo constitua infração penal, incorrerá no crime de denunciação caluniosa; se o fato imputado constituir apenas ato de improbidade administrativa, o agente não responderá pelo art. 339 do CP, mas pela infração prevista no art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa. Isso ocorre porque o crime de denunciação caluniosa exige expressamente que o fato imputado constitua crime. Se constituir mero ato de improbidade administrativa, não há como enquadrá-lo no artigo do Código Penal, substituindo, portanto, a previsão da lei especial. Conclusão: o art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa não foi revogado pelo art. 339 do CP, sendo compatível a coexistência de ambos os dispositivos legais (nesse sentido: JESUS, 2000c).

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Podem ser sujeitos ativos o Promotor de Justiça (quando oferece a denúncia), o Delegado de Polícia (quando instaura investigação criminal) e o Juiz de Direito (quando solicita a abertura de inquérito policial), desde que tenham conhecimento da falsidade da imputação.

Quanto ao advogado, admite-se que ele possa praticar o crime em tela, desde que tenha conhecimento da falsidade da imputação.

Na hipótese de imputação de crime cuja ação penal seja privada ou pública condicionada à representação, apenas o ofendido ou seu representante legal podem ser os agentes da denunciação caluniosa, vez que somente com o permissivo destes é possível ser iniciada a persecução penal.

2.3. Sujeito passivo

Trata-se de crime de dupla subjetividade passiva. São o Estado e a pessoa atingida em sua honra pela denunciação caluniosa.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de provocar a iniciativa da autoridade. É imprescindível que o denunciante saiba (dolo direto) que o denunciado é inocente, conforme determinante exigência legal contida na expressão “de que o sabe inocente”. Sem ele, não há crime. A dúvida (dolo eventual) afasta a tipicidade do delito. Desse modo, quando alguém solicita à Polícia que investigue determinado fato criminoso e, mesmo na dúvida, atribui a sua prática a determinada pessoa, não há falar no crime em estudo, ainda que posteriormente venha a ser comprovada a inocência do imputado. É preciso que o denunciante tenha certeza da inocência do imputado.

Conforme lição de Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 165-166):

> 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. Subjetivamente falsa significa que o denunciante deve ter plena consciência de que está acusando uma pessoal inocente.

Exemplifica o autor: na hipótese em que "A" imputa crime a "B", supondo que "B" era inocente, e, posteriormente, por coincidência, fica apurado que "B" realmente havia praticado o crime, não há denunciação caluniosa, pois a imputação não era objetivamente falsa.

4. CONSUMAÇÃO

Consuma-se com a instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém. Não se exige que a autoridade policial formalmente instaure o inquérito policial para se consumar o crime. Basta que inicie investigação policial no sentido de coletar dados os quais apurem a veracidade da denúncia. Há, porém, diversos julgados no sentido de que é exigível a instauração do inquérito policial (nesse sentido: MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 405).

5. TENTATIVA

A tentativa é admissível, como no exemplo da rejeição da queixa-crime oferecida contra pessoa inocente.

6. MOMENTO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

Discute-se se o processo por denunciação caluniosa só pode ser iniciado após o arquivamento do inquérito policial ou da absolvição do imputado na ação penal. Há duas orientações a respeito dessa questão:

- Segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 273),

  > o arquivamento do inquérito policial ou a absolvição do denunciado não constitui questão prejudicial da ação penal por denunciação caluniosa. Diante disso, sob o aspecto técnico, não deveria o processo contra o denunciante ficar aguardando o desfecho do inquérito policial ou da ação penal contra o denunciado.

  É possível a prova da inocência por outro modo, não sendo necessário aguardar o desfecho final do inquérito ou da ação (MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 404). Argumenta-se, ainda, que essa espera poderia acarretar a prescrição do crime de denunciação caluniosa.

- O processo deve aguardar o fim do inquérito ou da ação originária. Isso porque somente após a conclusão de tais procedimentos será possível determinar a certeza da inocência e da consequente falsa imputação.

Procura-se, assim, evitar a ocorrência de decisões contraditórias. Nesse sentido: Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 357).

Em que pese essa discussão, na prática, é possível o Ministério Público, ao receber um inquérito policial instaurado contra o imputado, convencer-se da inocência deste, havendo indícios de que o denunciante sabia ser falsa a imputação, e oferecer, nos mesmos autos, denúncia contra ele.

7. FORMAS

7.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 339 do CP.

7.2. Causa de aumento de pena

Está prevista no § 1º.

7.3. Causa de diminuição de pena

Denunciação caluniosa de contravenção. Está prevista no § 2º:

A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

8. DISTINÇÃO ENTRE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E CALÚNIA

Na calúnia, há apenas a imputação falsa da prática de um fato definido como crime. Na denunciação caluniosa (art. 339 do CP), o agente não só atribui à vítima, falsamente, a prática de um delito, mas também leva o fato ao conhecimento da autoridade, provocando a instauração de um inquérito policial ou de ação penal contra ela. A calúnia constitui crime contra a honra, ao passo que a denunciação caluniosa constitui crime contra a Administração da Justiça. Se tiverem como base os mesmos fatos, a denunciação caluniosa absorve o crime de calúnia. De acordo com o princípio da consunção, se um fato é praticado como meio necessário para a realização de outro crime, deve ficar por este absorvido, como fase normal de sua execução. Nesse caso, se o agente respondesse por ambos os delitos, haveria inaceitável *bis in idem*, na medida em que o crime-meio estaria sendo punido duas vezes: uma como crime autônomo e outra como parte de crime diverso. A calúnia, por ser parte integrante da execução do crime de denunciação caluniosa, deve restar, assim, absorvida por este.

Interessante questão nos é trazida por Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 168):

Se A conta para alguns amigos que B praticou um crime, sabendo que B é inocente, e, posteriormente, os amigos que ouviram a imputação procuram um Delegado, narram o ocorrido, e este começa a investigar. Que crime cometeu A? Depende, se ele tinha intenção de usar os seus amigos para que o

> Delegado soubesse da imputação, o crime será o de denunciação caluniosa (indireta). Se ele não tinha essa intenção, o crime será apenas o de calúnia.

9. DISTINÇÃO ENTRE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E COMUNICAÇÃO FALSA DE INFRAÇÃO PENAL (ART. 340) E AUTOACUSAÇÃO FALSA (ART. 341)

Na denunciação caluniosa, o sujeito indica uma pessoa determinada como autora da infração. Na comunicação falsa de infração penal, ao contrário, o agente não aponta um indivíduo determinado como autor do crime ou da contravenção que alega ter acontecido. Na autoacusação falsa, o agente atribui a si mesmo a prática de crime inexistente ou cometido por outrem.

Art. 340 – Comunicação falsa de crime ou de contravenção

1. CONCEITO

Dispõe o art. 340:

> Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado: (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a eficácia da atividade judiciária.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A ação nuclear do tipo consubstancia-se no verbo provocar, isto é, dar causa a ação da autoridade (Delegado de Polícia, Juiz de Direito, Promotor de Justiça). Há aqui a comunicação de fato criminoso que não se verificou. Ao contrário do que ocorre no crime de denunciação caluniosa, não há no delito em estudo a imputação a uma pessoa determinada da prática de crime. Se assim suceder, estará caracterizado o crime de denunciação caluniosa. Nada impede, contudo, que se impute a uma pessoa imaginária a realização de um crime. Nessa hipótese, haverá o crime em estudo.

A comunicação à autoridade, no caso, é da prática de um crime ou contravenção penal que não deve ter se verificado. Afirma Mirabete (2001b, v. 3, p. 408):

> Não haverá crime – como bem acentua Fragoso – se o fato delituoso que o agente simula é da mesma natureza do que efetivamente ocorreu (roubo em vez de furto, estelionato em vez de apropriação indébita etc.) (*JTACrimSP* 73/376). Haverá crime, porém, se o fato alegado é essencialmente diverso do verdadeiramente ocorrido.

O mesmo autor nos traz o seguinte exemplo colhido na jurisprudência: motorista envolvido em acidente de trânsito que declarou à Polícia ter sido seu

veículo furtado, lavrando-se o boletim de ocorrência (*RT* 553/377).

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular da normalidade da atividade judiciária.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade de provocar a ação da autoridade pública, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou contravenção. É necessário o agente ter certeza de que o fato criminoso não se verificou, ou seja, de que a comunicação é falsa. A dúvida afasta o crime.

5. CONSUMAÇÃO

Dá-se a consumação do crime no momento em que a autoridade inicia as diligências para a elucidação do fato criminoso. Não se exige a efetiva instauração de inquérito policial.

6. TENTATIVA

Nada impede a tentativa. Desse modo, se o agente fizer a comunicação falsa à autoridade, e esta não iniciar as investigações por circunstâncias alheias à vontade dele, haverá a tentativa.

7. CONCURSO

Agente que se apropria do dinheiro de seu patrão e realiza comunicado falso à Polícia de que houve um assalto no estabelecimento comercial. Questiona-se: há, na hipótese, concurso material de crimes ou a comunicação falsa de crime constitui *post factum* impunível? Para Mirabete, trata-se de *post factum* não punível. Para Victor Eduardo Rios Gonçalves, configura-se o concurso material de crimes, uma vez que as condutas atingem bens jurídicos diversos. Concordamos com esse último posicionamento.

Quando a comunicação falsa tiver por finalidade a prática de outro crime, como na comunicação falsa de crime para obter seguro (art. 171, § 2º, V), duas são as possíveis orientações:

- O agente é responsabilizado apenas pelo cometimento do crime principal. De acordo com o princípio da consunção, o crime praticado com vista à execução do principal deve por este ficar absorvido (HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 471).
- Há o concurso material de crimes, uma vez que condutas diferentes

alcançam bens jurídicos distintos (NORONHA, 1992, v. 4, p. 362; MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 409).

Art. 341 – Autoacusação falsa

1. CONCEITO

Dispõe o art. 341:

> Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se, mais uma vez, a regularidade da Administração da Justiça.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

Conforme dispõe o art. 341, o agente imputa a si mesmo a prática de um crime (doloso, culposo, de ação pública ou privada etc.) que não ocorreu ou que foi praticado por outra pessoa. Se for contravenção, o fato é atípico. Segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 280):

> Pressuposto da autoacusação falsa é a circunstância de o sujeito não se ter apresentado como autor, coautor ou participado do crime antecedente. Em outros termos, o delito exige que o sujeito ativo não tenha sido autor, coautor ou participado do crime cuja autoria atribui a si próprio.

Se, além da autoacusação, atribui participação no delito a terceiro, haverá concurso formal com a denunciação caluniosa (nesse sentido: NORONHA, 1992, v. 4, p. 365; GONÇALVES, 2000, p. 172; em sentido contrário, entendendo haver no caso concurso material de crimes: MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 412; HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 472). O crime pode ser praticado por qualquer meio (verbalmente, por escrito etc.). Se a autoacusação for realizada perante funcionário público o qual não seja autoridade ou perante particular, não haverá crime. Conforme a doutrina, não se exige que o crime seja praticado perante a autoridade, isto é, frente a frente. Também não se exige que o agente procure espontaneamente a autoridade para formular a autoacusação. Dessa feita, haverá o delito se o indivíduo, ao prestar declarações em inquérito policial ou processo judicial, assumir a autoria de crime que não praticou.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa. Também poderá haver participação mediante instigação ou induzimento.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do objeto tutelado pela norma penal.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de acusar-se da prática de crime inexistente ou praticado por outrem. Deve o agente estar ciente da falsidade da acusação. Não há previsão de escusa absolutória se o agente praticar o crime em benefício do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

5. CONSUMAÇÃO

Trata-se de crime formal. A consumação, portanto, ocorre no instante em que a autoridade toma conhecimento da autoacusação. É dispensável verificar se ela iniciou investigações, instaurou inquérito, realizou diligências, ao contrário do que ocorre no crime de denunciação caluniosa e na comunicação falsa de crime ou contravenção.

6. TENTATIVA

A tentativa somente é admissível na autoacusação realizada por escrito, por se tratar de crime plurissubsistente; na autoacusação verbal, por sua vez, por ser delito unissubsistente, a tentativa é impossível.

Art. 342 – Falso testemunho ou falsa perícia

1. CONCEITO

Dispõe o art. 342, com a redação determinada pela Lei n. 10.268, de 28 de agosto de 2001 (que alterou a redação dos crimes de falso testemunho e de corrupção ativa de testemunha):

> Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se a regularidade da Administração da Justiça.

3. ELEMENTOS DO TIPO

3.1. Ação nuclear

Há três ações típicas: “fazer afirmação falsa”; “negar a verdade”; “calar a verdade”. Tais condutas são realizadas em processo judicial (civil, criminal ou trabalhista, contencioso ou voluntário) ou administrativo (procedimento instaurado para apurar faltas ou transgressões disciplinares), inquérito policial (para apurar ilícito penal) ou em juízo arbitral (Lei n. 9.307/96). Também responde pelo crime em tela o que realiza uma daquelas condutas típicas perante CPI (art. 4º, II, da Lei n. 1.579, de 18 de março de 1952).

A afirmação sobre os fatos objeto do processo ou inquérito deve ser falsa, ou

seja, não deve corresponder à verdade, ao que realmente aconteceu. Segundo entendimento majoritário, contudo, não basta que o fato não corresponda à realidade. É necessário o depoente ter consciência de que a sua narrativa está divorciada do fato realmente ocorrido. Por vezes, o depoente pode ter uma falsa percepção da realidade, o que o faz ver as coisas de maneira distorcida. Nessas hipóteses, não se pode dizer que o agente quis fazer afirmação falsa. Adotou-se, portanto, a teoria subjetiva em detrimento da objetiva, pois esta se contenta apenas com a divergência entre a narrativa e o fato realmente ocorrido.

Segundo a doutrina, para haver o falso, é necessário que verse sobre fato juridicamente relevante ao deslinde do processo e que possa, de algum modo, influir na decisão judicial. Não há crime quando o depoimento questionado incide sobre dados secundários e sem importância do fato do processo, sem potencialidade lesiva. Não versando a falsidade sobre o fato, inexiste o delito. A mentira quanto à qualificação (nome, profissão etc.) não tipifica, assim, o falso testemunho (poderá incidir o art. 307 do CP) (JESUS, 2001b, v. 4, p. 290).

Sendo o processo em que se deu o falso anulado, desaparece o delito, uma vez excluída a possibilidade de dano. E se for julgada extinta a punibilidade do acusado no processo em que se deu o perjúrio, tal decisão influirá na configuração do crime de falso testemunho? Segundo posicionamento do STF, o crime de falso testemunho em tais situações continua a subsistir.

3.2. Sujeito ativo

Crime próprio. Só pode ser cometido pelas pessoas taxativamente indicadas no tipo. Dessa forma, é necessário que as pessoas, no momento do fato, se revistam da qualidade jurídica exigida pela figura típica (testemunha, perito, tradutor ou intérprete etc.). A Lei n. 10.268/2001 acrescentou um novo sujeito ativo, não previsto na antiga redação do dispositivo, qual seja o contador que atue em processo judicial ou administrativo, inquérito policial ou juízo arbitral. Importa aqui tecermos alguns comentários a respeito da testemunha.

Testemunha “é a pessoa física chamada a depor em processo perante a autoridade com o dever de fornecer prova de fatos relativos ao objeto do mesmo” (veja definição de Fragoso apud MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 412). Consoante o disposto no art. 203 do CPP:

> A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado (...)

Poderão recusar-se a depor as pessoas relacionadas no art. 206 do CPP (“o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado”). Segundo o

disposto no art. 208:

> Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Tais pessoas, portanto, estão isentas de prestar o compromisso mencionado. Indaga-se: as testemunhas que não estão obrigadas a dizer a verdade, sendo meramente informantes do Juiz, podem praticar o delito de falso testemunho? O compromisso de dizer a verdade seria elementar do crime de falso? Há duas posições:

- O Código de Processo Penal não faz qualquer distinção entre testemunhas compromissadas e testemunhas informantes. Estas respondem pelo crime de falso testemunho. Além disso, "o crime de falso testemunho surge da desobediência ao dever de afirmar a verdade, 'que não deriva do compromisso'" (*RT* 392/116). O juramento, portanto, é irrelevante na tipificação da conduta (JESUS, 2001b, v. 4, p. 285; NORONHA, 1992, v. 4, p. 368; HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 475).
- Com relação às testemunhas proibidas de depor (art. 207 do CPP – em razão de função, ministério, ofício ou profissão), se, desobrigadas pela parte interessada, derem o seu testemunho, e este for falso, respondem pelo crime em tela.

Indaga-se: é admissível o concurso de pessoas no crime de falso testemunho?

- Coautoria: não é possível. Tratando-se de crime de mão própria, somente aquelas pessoas relacionadas no tipo penal podem executar a ação típica, ou seja, fazer afirmação falsa ou negar ou calar a verdade, isto é, o crime somente pode ser cometido pelo sujeito em pessoa.
- Participação: os crimes de mão própria admitem o concurso de pessoas na modalidade participação. Ocorre que, por outra razão que veremos agora, a doutrina e a jurisprudência têm divergido a respeito da possibilidade da participação no crime de falso testemunho. Há duas correntes:

– Admite-se a possibilidade de participação de terceiro, por via de induzimento ou instigação ao cometimento do falso testemunho. Há diversos posicionamentos no STF nesse sentido (MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 414). Exemplo: advogado que induz a testemunha a mentir em juízo.

– De acordo com o segundo posicionamento, não é possível a participação no crime de falso testemunho. É que o legislador erigiu à categoria de crime autônomo a participação no delito de falso (art. 343 do CP – induzimento ou instigação mediante suborno), de modo que qualquer outra forma de participação é atípica. É a posição majoritária (JESUS, 2001b, v. 4, p. 285-

289; HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 488).

Questões:

- A vítima pode praticar o crime de falso testemunho? Não, pois não é considerada testemunha.
- O autor, coautor ou partícipe de crime cometem o delito de falso testemunho ao prestar declarações? E as partes no processo cível? Não, não cometem. Segundo Mirabete (2001b, v. 3, p. 416):

> Como afirma José Sylvio da Fonseca Tavares, a teoria da inexigibilidade de outra conduta ajusta-se à tese que se discute; como corolário natural da autodefesa decorre o princípio de que ninguém é obrigado a declarar a verdade se assumir, com essa declaração, o risco de ser incriminado.

3.3. Sujeito passivo

O Estado é o sujeito passivo imediato, pois tem interesse em que a atividade judiciária se desenvolva normalmente. Sujeito passivo mediato é a pessoa que vem a ser prejudicada com o falso testemunho ou a falsa perícia.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. Exige-se a consciência da falsidade. O fim do agente é irrelevante, não sendo exigida a causação de dano por parte dele. Conforme estudado, não há crime se o sujeito supõe estar cometendo falso testemunho, quando na realidade depõe corretamente sobre o fato.

Como visto, não existe o crime se o sujeito mente para evitar que se descubra fato que pode levar à sua própria incriminação (trata-se de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa).

5. CONSUMAÇÃO

Consuma-se o falso testemunho com o encerramento do depoimento. Em tese, o crime se perfaz no momento em que é proferido o falso, contudo, como o depoente pode retificar o que foi declarado até o encerramento do depoimento, entende-se consumado o crime nesse exato instante. Consoante o art. 216 do CPP, o depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo Juiz e pelas partes. Findo esse momento, não mais é possível retificar o depoimento.

A consumação da falsa perícia ocorre com a entrega do laudo à autoridade ou com a afirmação perante ela de fatos inverídicos.

Segundo Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 292-293), se o falso é cometido no Juízo deprecado, nos termos do que dispõe o art. 70, *caput*, do CPP:

> “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração”. O delito de

falso testemunho atinge a consumação quando as declarações, reduzidas a termo, são assinadas pela testemunha, juiz e partes (CPP, art. 216; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, cit., 3. ed., 1968, v. 4, p. 444, n. 1.482). Logo, quando cometido no juízo deprecado, este é o competente.

6. TENTATIVA

Teoricamente é admissível, embora, no falso testemunho, de difícil ocorrência. Quanto à falsa perícia, é mais fácil a sua ocorrência (laudo que é remetido à autoridade, mas é interceptado por terceiros) (NORONHA, 1992, v. 4, p. 372).

7. FORMAS

7.1. Simples

Está descrita no *caput* do art. 342 do CP, com a redação determinada pela Lei n. 10.268/2001.

7.2. Causa de aumento de pena

Está prevista no § 1º. De acordo com as alterações promovidas pela Lei n. 10.268/2001, o mencionado parágrafo passou a dispor o seguinte:

> As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

Analisemos como era antes da referida lei e como funciona hoje:

- O § 1º continha uma qualificadora:

> Se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Agora, essa circunstância constitui causa de aumento de pena.

- O § 2º continha uma causa de aumento da pena:

> As penas aumentam-se de um terço, se o crime é praticado mediante suborno.

Tal circunstância passou a fazer parte do § 1º, tendo sido alterados os limites de acréscimo da pena.

- Não havia a previsão legal da circunstância relativa ao falso testemunho destinado a produzir efeito em processo civil em que fosse parte entidade da Administração Pública direta ou indireta. A lei introduziu essa circunstância no § 1º.

Há agravamento da pena mesmo quando existe mera promessa de recompensa. Exige-se que a falsidade tenha sido efetivamente cometida. Aquele que deu, prometeu ou ofereceu o dinheiro responde pelo crime do art. 343.

Se o perito for oficial[1], isto é, funcionário público, o delito será o do art. 317 do CP (corrupção passiva). Aquele que ofereceu ou prometeu a vantagem pratica corrupção ativa, prevista no art. 333 do CP. Se o perito for *ad hoc*, isto é, nomeado pelo Juiz, haverá o crime em tela.

8. RETRATAÇÃO

Prevê o § 2º, com a redação determinada pela Lei n. 10.268/2001:

> 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.

Retratar-se significa retirar o que foi dito. O agente, antes da sentença no processo em que ocorreu o falso testemunho, declara a verdade. Na realidade, o crime se consumou no momento em que o depoimento foi encerrado, contudo a lei faculta ao agente o direito de arrepender-se antes da prolação da sentença de 1º grau, possibilitando com isso o esclarecimento da verdade dos fatos. A retratação não necessita ser espontânea, basta ser voluntária. A retratação pode ser realizada perante a autoridade policial, judicial ou administrativa. Aplica-se extensivamente ao *caput* e ao § 1º. Antigamente discutia-se em qual procedimento a retratação era cabível, ou seja, no procedimento em que se deu o falso testemunho ou no processo por crime de perjúrio. Tal discussão não mais prospera ante as alterações promovidas pela Lei n. 10.268/2001 no art. 342 do CP. A lei deixou bem claro que o fato deixa de ser punível "antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito", ou seja, antes da sentença no processo em que ocorreu o falso testemunho. E nos crimes de competência do Tribunal do Júri em que o falso testemunho é crime conexo? Até que momento é possível ser realizada a retratação? Há duas posições: a) é cabível até a sentença final do Tribunal do Júri (MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 419); b) é cabível até a sentença de pronúncia. Se feita depois, constitui circunstância atenuante (JESUS, 2001b, v. 4, p. 294).

Prevalece na doutrina o entendimento no sentido de que a retratação deve se comunicar aos coautores e partícipes do crime, pois o artigo diz que "o fato deixa de ser punível" (JESUS, 2001b, v. 4, p. 295; MIRABETE, 2001b, v. 3; DELMANTO et al., 2000, p. 621; em sentido contrário: HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 489).

9. AÇÃO PENAL

Quatro orientações informam se a ação penal por falso testemunho pode ser iniciada antes de decidido o processo em que se deu o perjúrio. Vejamo-las, segundo o ensinamento de Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 296):

- Não é possível iniciar-se a ação penal por crime de falso testemunho enquanto não for proferida sentença no processo em que foi cometido, uma vez que até esse momento é possível a retratação extintiva da punibilidade.
- A ação penal por crime de falso testemunho não está condicionada ao ato processual da sentença no processo em que foi praticado ou ao seu trânsito em julgado. Tanto é que o CPP, em seu art. 211, permite ao Juiz, no momento de proferir a sentença no processo em que foi praticado o falso, determinar a extração de peças para o início da ação penal (*RT* 412(2)/68).
- Não só pode ter início como pode ser julgada a ação penal, por crime de falso testemunho, antes da sentença proferida no processo em que o crime foi cometido. Isso porque a retratação, causa extintiva da punibilidade, não é pressuposto ou elemento do crime.
- Para essa corrente,

> a decisão do processo de falso testemunho, antes daquela em que foi proferido, poderá conflitar flagrantemente com a decisão contraditória e diametralmente oposta que acaso venha a ser nele proferida. A afirmativa de que o depoimento foi mendaz poderá vir a ser contrariada por sentença que o considerou absolutamente verdadeiro, e nele baseou o decreto absolutório ou condenatório (rel. Des. Silva Leme, *RT* 421/89).

Essa orientação adota a lição de Nélson Hungria. No mesmo sentido: Magalhães Noronha e Damásio de Jesus.

10. CONCURSO DE CRIMES

Vários depoimentos falsos em um processo ou até mesmo no inquérito policial caracterizam crime único, e não concurso material ou crime continuado.

11. CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA, PERITO, TRADUTOR OU INTÉRPRETE (ART. 343 DO CP)

A Lei n. 10.268/2001 também promoveu alterações no art. 343, *caput* e parágrafo único, do CP. O mencionado dispositivo legal passou a conter a seguinte redação:

> 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.

Art. 344 – Coação no curso do processo

1. CONCEITO

Dispõe o 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: (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se aqui mais uma vez a Administração da Justiça.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

Trata-se de crime de maneira vinculada. A ação nuclear típica consubstancia-se no verbo "usar", ou seja, empregar violência física ou grave ameaça contra as pessoas relacionadas com a demanda (autoridade, parte ou qualquer outra pessoa que funciona ou é obrigada a intervir em processo judicial, inquérito policial, procedimento administrativo ou procedimento em juízo arbitral). Incluem-se aqui também os procedimentos instaurados pela Comissão Parlamentar de Inquérito. Eventual ameaça feita fora de um desses procedimentos caracteriza apenas crime de ameaça do art. 147 do CP.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticar o delito em tela. Não é necessário que tenha interesse próprio no processo. Basta que o faça para beneficiar terceiro o qual tenha interesse na demanda. Se o sujeito que pratica o crime em estudo for o próprio réu ou o denunciado, como bem lembra Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 181), além de ser cabível sua prisão preventiva no próprio procedimento originário (para garantia da instrução criminal, desde que se trate de infração na qual a preventiva seja cabível – arts. 312 e 313 do CPP), ele também será responsabilizado pelo crime em estudo.

3.3. Sujeito passivo

São o Estado, titular do bem protegido pela norma penal, e a pessoa submetida à coação (Juiz, Promotor de Justiça, autoridade policial, testemunhas, jurados, perito, autor, querelante, querelado etc.).

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de praticar a violência ou a grave ameaça, acrescido do fim especial de favorecer interesse próprio ou alheio (elemento subjetivo do tipo). Por exemplo, empregar violência contra Promotor de Justiça, a fim de que ele não ofereça denúncia contra o agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com a prática da violência ou grave ameaça contra uma das pessoas relacionadas no tipo penal. Trata-se de crime formal, portanto não há necessidade de ocorrência do fim a que visava o agente. Também não é necessário que a vítima se sinta intimidada com a coação.

A tentativa é admissível.

6. CONCURSO DE CRIMES

Ao cominar a pena, a lei determinou que será somada àquela a pena correspondente à violência empregada. Haverá, portanto, concurso material (art. 69 do CP) entre a coação no curso do processo e os delitos que resultarem da violência empregada (lesão corporal, homicídio).

A prática de várias ameaças, com vista a um só fim, constitui crime único, não havendo que se cogitar de concurso de crimes ou continuação delitiva.

Art. 345 – Exercício arbitrário das próprias razões

1. CONCEITO

Dispõe o art. 345:

> Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se mais uma vez a regularidade da Administração da Justiça. Impede-se que o particular faça justiça pelas próprias mãos, ou seja, sobreponha-se à autoridade estatal na solução dos conflitos.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A conduta típica consiste em fazer justiça pelas próprias mãos para satisfazer pretensão. Segundo Magalhães Noronha (1992, v. 4, p. 380), a pretensão

> é o pressuposto do delito. Sem ela, este não tem existência, incidindo o fato em outra disposição legal. A pretensão, por sua vez, se assenta em um direito que o agente tem ou julga ter, isto é, pensa de boa-fé possuí-lo, o que deve ser apreciado não apenas quanto ao direito em si, mas de acordo com as circunstâncias e as condições da pessoa. Consequentemente, a pretensão pode ser ilegítima, o que a lei deixa bem claro: “embora legítima” – desde que a pessoa razoavelmente assim não a julgue. É mister ainda que a pretensão possa ser apreciada pela justiça, ou, noutros termos, seja por esta satisfeita. Se se tratar da que escapa de sua alçada, não pode haver delito contra administração da justiça, v.g., obrigação prescrita ou que tem objeto ilícito.

Exemplos colhidos na jurisprudência: a retenção do paciente pelo médico no hospital para a satisfação das despesas de internação e tratamento não configura

o delito de sequestro; a retenção do objeto pelo credor até que o devedor salde a dívida não configura o crime de apropriação indébita; a retirada do bem pelo credor da residência do devedor, a fim de satisfazer a sua dívida, não configura o crime de furto. Em todas essas hipóteses, o agente pratica o crime para satisfazer uma pretensão que supõe legítima e que poderia ser alcançada pelos meios judiciais, mas acaba por preferir fazer justiça pelas próprias mãos. Deverá ele responder pelo crime de exercício arbitrário das próprias razões.

A ação típica compreende o emprego de diversos meios de execução: fraude, violência física, grave ameaça, apropriação, subtração.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Pode ser realizado por qualquer pessoa. Tratando-se de funcionário público, entretanto, pode surgir outro delito, como abuso de autoridade, abuso de poder etc.

3.3. Sujeito passivo

O Estado, titular do bem jurídico ofendido, e a pessoa diretamente lesada com a ação ou omissão do sujeito ativo.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de fazer justiça pelas próprias mãos, acrescido de um fim especial, contido na expressão “para satisfazer pretensão, embora legítima”. Se o agente tem conhecimento de que a sua pretensão é ilegítima, haverá outro crime (furto, apropriação indébita, dano etc.).

5. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO

O tipo penal contém um elemento normativo que está consubstanciado na expressão “salvo quando a lei o permite”. A lei, em alguns casos, assim, autoriza que se faça justiça pelas próprias mãos. Nessas hipóteses, não haverá o crime em tela por atipicidade do fato: direito de retenção, desforço imediato e legítima defesa da posse (art. 1.210, § 1º, do CC).

6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Há duas orientações na doutrina:

- Trata-se de crime formal, consuma-se com a realização da conduta que visa à satisfação da pretensão (NORONHA, 1992, v. 4, p. 381; JESUS, 2001b, v. 4, p. 307). Por exemplo: empregar violência contra a pessoa ou contra a coisa.

- Consuma-se com a efetiva satisfação da pretensão (HUNGRIA, 1959, v. 9, p. 498; MIRABETE, 2001b, v. 3, p. 427).

A tentativa é admissível.

7. CONCURSO DE CRIMES

Se da violência física empregada resultarem lesões corporais ou a morte da vítima, impõe a lei que o agente responda pelo crime do art. 345 em concurso material com as lesões corporais ou homicídio etc.

8. AÇÃO PENAL

Será pública incondicionada, se houver o emprego de violência física (violência contra a pessoa), ou privada, se houver o emprego de outro meio de execução (grave ameaça ou violência contra a coisa).

Art. 348 – Favorecimento pessoal

1. CONCEITO

Dispõe o art. 348:

Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se mais uma vez a regular Administração da Justiça.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A conduta típica consiste em auxiliar autor de crime a subtrair-se à ação de autoridade pública. Pressupõe, portanto, que haja anteriormente a prática de um crime (não se refere a lei à contravenção penal) e que alguém auxilie o autor, coautor ou partícipe a subtrair-se da ação da autoridade pública (policial, autoridade judiciária etc.), por exemplo, escondê-lo em sua residência, fornecer automóvel e dinheiro para a fuga, levá-lo a um esconderijo, auxiliá-lo a disfarçar-se etc. Não é preciso que o agente seja perseguido pela autoridade no momento do auxílio. Importa notar que o auxílio deve ser posterior à consumação do crime, do contrário deverá o agente responder pela coautoria ou participação no delito anterior. O delito somente pode ser praticado mediante ação, jamais omissão. Desse modo, o fato de o indivíduo não comunicar à autoridade policial onde está o foragido não configura o crime em tela.

É pressuposto do crime que haja a ocorrência de um crime anterior. Segundo a doutrina, não há delito de favorecimento pessoal se em relação ao fato anterior ocorreu: a) causa excludente da ilicitude; b) causa excludente da culpabilidade;

c) causa de extinção da punibilidade; d) alguma escusa absolutória. Segundo Mirabete (2001b, v. 3, p. 434):

> É imprescindível que o fato anterior seja punível na época do auxílio; ocorrendo qualquer das hipóteses mencionadas, não está o autor do fato típico principal submetido à ação da autoridade que, se agir, pratica constrangimento ilegal.

A absolvição por falta de provas exclui o crime? Há duas orientações na doutrina:

a) Conforme preleciona Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 189; MIRABETE, 2001, v. 3, p. 434): “Se o autor do crime antecedente vier a ser absolvido por qualquer motivo (exceto na absolvição imprópria, em que há a aplicação de medida de segurança), o juiz não poderá condenar o réu acusado de auxiliá-lo”.

b) Nélson Hungria (1959, v. 9, p. 508) sustenta que a absolvição por falta de provas não exclui o crime de favorecimento pessoal.

O crime de favorecimento pessoal não se configurará, por estar o autor do delito anterior afastado da ação da autoridade, enquanto não for oferecida a queixa nos crimes de ação penal privada, exercida a representação ou apresentada a requisição ministerial, nos crimes de ação penal pública condicionada.

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Pode ser praticado por qualquer pessoa, com exceção do coautor ou partícipe do delito anterior, pois não há autofavorecimento. Se o auxílio foi prometido antes da ou durante a execução do crime principal, responderá o agente como coautor ou partícipe deste. O advogado pode ser sujeito ativo do crime em tela, desde que auxilie materialmente o seu cliente a subtrair-se à ação da autoridade. A simples conduta de não revelar o paradeiro de seu cliente não caracteriza o crime de favorecimento pessoal (nesse sentido: NORONHA, 1992, v. 4, p. 390). A vítima também pode ser sujeito ativo, desde que preste auxílio ao autor do crime anterior.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do bem jurídico ofendido, ou seja, da regularidade da Administração da Justiça.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de auxiliar o autor de crime a subtrair-se da ação da autoridade pública.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Conforme a opinião doutrinária majoritária, consuma-se o crime no instante em que o favorecido consegue, ainda que momentaneamente, em razão do auxílio prestado, subtrair-se da ação da autoridade pública.

Haverá tentativa se, prestado o auxílio, o criminoso não conseguir escapar da ação da autoridade pública.

6. FORMAS

6.1. Simples

Está prevista no *caput* do art. 348 do CP.

6.2. Privilegiada

Está prevista no § 1º:

> Se ao crime não é cominada pena de reclusão:
>
> Pena – detenção, de quinze dias a três meses, e multa.

Nessa hipótese, a pena é reduzida diante da menor gravidade do fato.

7. ESCUSA ABSOLUTÓRIA

Está prevista no § 2º. Se aquele que presta auxílio for ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica, assim, isento de pena. A enumeração legal, em face de inovação constitucional que veda qualquer distinção, abrange inclusive o parentesco por adoção.

8. DISTINÇÃO

Na conduta de prestar auxílio para a fuga do autor de crime anterior, este deve estar solto, pois, se estiver preso e alguém o ajudar a fugir, ocorre o crime de facilitação de fuga de pessoa presa – art. 351 do CP.

Art. 349 – Favorecimento real

1. CONCEITO

Prevê o art. 349:

> Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: (...)

2. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se primariamente a regularidade da Administração da Justiça. Nessa figura penal, assim como no crime previsto no art. 348, procura-se impedir o favorecimento ao autor de crime, contudo, agora, o favorecimento consiste em tornar seguro o proveito do delito. De maneira secundária, a lei penal também

visa proteger o patrimônio da vítima do crime anterior.

3. ELEMENTOS DO TIPO E SUJEITOS DO CRIME

3.1. Ação nuclear

A conduta típica consiste em prestar auxílio a criminoso destinado a tornar seguro o proveito do crime. A ação típica pode ser executada de várias formas (esconder o objeto do crime, levar as joias furtadas a um joalheiro, auxiliar no desconto do cheque furtado). Não importa se o crime principal se consumou ou não (pagamento para a prática de homicídio que não se consumou) (NORONHA, 1992, v. 4, p. 394). A lei fala em proveito do crime, portanto se exclui o proveito de contravenção penal. Em que consiste o proveito do crime? É a vantagem de natureza material, moral, sexual etc. obtida com a prática do crime antecedente, que não necessita ser patrimonial. Abrange tanto o preço do crime (o pagamento obtido pelo mandante para praticar um homicídio) quanto o proveito do crime, ou seja, o próprio objeto obtido com a prática criminosa ou proveniente de modificação ou alteração (por exemplo: colares de ouro que são fundidos) (NORONHA, 1992, v. 4, p. 394). Ficam excluídos os instrumentos do crime, sendo certo que aquele que guarda, por exemplo, a faca usada por um homicida poderá responder pelo crime de favorecimento pessoal.

Se o autor do crime principal é inimputável ou teve extinta a sua punibilidade, tais circunstâncias não impedem a configuração do favorecimento real, pois a inimputabilidade apenas impede a aplicação da sanção penal ao autor do crime antecedente, mas o fato não deixa de ser crime. O mesmo sucede na presença de alguma causa extintiva da punibilidade. Ressalvem-se, contudo, as hipóteses da *abolitio criminis* e da anistia (JESUS, 2001b, v. 4, p. 323).

3.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, com exceção, é claro, do coautor ou partícipe do delito antecedente. Se o agente, antes da prática do crime principal, se comprometer a tornar seguro o proveito do delito, responderá ele como partícipe do crime original. Exemplo: “A” compromete-se a esconder os objetos que “B” venha a furtar. Se “B” efetivamente realizar a subtração, “A” responderá como partícipe do crime de furto.

3.3. Sujeito passivo

É o Estado, titular do bem jurídico protegido pela norma penal. Também é sujeito passivo a vítima do crime anterior (proprietária ou possuidora da coisa).

4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de prestar auxílio a criminoso. Além do dolo, há o elemento subjetivo do tipo consistente no fim de tornar seguro o proveito do delito. É necessário o agente ter consciência de que tornará seguro o proveito de crime. Se o comportamento do sujeito visa à obtenção de lucro, há crime de receptação. Não há previsão da modalidade culposa.

5. CONSUMAÇÃO

Trata-se de crime formal. Consuma-se com a prestação de auxílio, independentemente de se tornar seguro o proveito do crime anterior. O crime de favorecimento real, apesar de ser acessório, configura-se com ou sem a prévia condenação do autor do crime antecedente.

6. TENTATIVA

É admissível, pois se trata de crime plurissubsistente.

7. DISTINÇÕES

a) Favorecimento real e receptação: conforme distinção de Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 322):

> No favorecimento real, o sujeito age exclusivamente em favor do autor do delito antecedente; na receptação, age em proveito próprio ou de terceiro, que não o autor do crime anterior. No favorecimento, o proveito pode ser econômico ou moral; na receptação, o proveito só pode ser econômico; no favorecimento real, a ação do sujeito visa ao autor do crime antecedente; na receptação a conduta incide sobre o objeto material do crime anterior.

b) Favorecimento real e pessoal: no real, o agente visa tornar seguro o proveito do crime (guardar o objeto do furto), ao passo que, no pessoal, o agente visa tornar seguro o autor do crime anterior (esconder o autor do crime de furto ou auxiliá-lo na fuga).

c) Adulteração de sinal identificador de veículo automotor: a conduta de adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento configura o crime previsto no art. 311 do CP e não o delito de favorecimento real. Dessa feita, aquele que adultera as placas de veículo furtado ou roubado por outrem responde pelo crime do art. 311 do CP (com as alterações promovidas pela Lei n. 9.426/96).

8. COMENTÁRIOS AO ART. 349-A

A Lei n. 12.012, de 6 de agosto de 2009, por sua vez, acrescentou ao Código Penal, no Capítulo III, denominado “Dos Crimes Contra a Administração da Justiça”, o art. 349-A, tipificando como crime o ingresso, a promoção,

intermediação, auxílio ou facilitação da entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Trata-se, portanto, de crime comum, que pode ser praticado pelo particular, normalmente, por familiares dos presos, suprindo, assim, a antiga omissão do art. 319-A, que apenas incriminava a conduta do agente público.

1 Dispõe o art. 159, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, "o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizadas por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo".

CAPÍTULO IV – DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

Dispõe o art. 163, I, da CF:

> Lei complementar disporá sobre:
>
> I – finanças públicas;

O art. 30 da EC 19, de 4 de junho de 1998, por sua vez, determinou:

> O projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda.

Nesse prazo legal, adveio a LC 101, de 4 de maio de 2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual

> estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

O art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) reza que as infrações dos seus dispositivos serão punidas de acordo com:

a) o Dec.-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

b) a Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950 (define os crimes de responsabilidade fiscal e regula os respectivos processo e julgamento);

c) o Dec.-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Lei de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores);

d) a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa);

e) as demais normas da legislação pertinente.

O dispositivo refere-se, portanto, à responsabilidade penal, civil e administrativa dos agentes públicos. Visando, assim, tutelar especificamente as Finanças Públicas, adveio a Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, a qual introduziu um novo capítulo no Código Penal, no Título XI (“Dos Crimes Contra a Administração Pública”), acrescentou novas condutas ao art. 339 do CP (crime de denunciação caluniosa) e alterou outros diplomas legais, tais como a Lei n. 1.079/50 (define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo julgamento) e o Dec.-lei n. 201/67 (Lei de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores).

O art. 2º da Lei n. 10.028/2000 (Lei dos Crimes de Responsabilidade Fiscal) acrescentou oito novas condutas típicas, as quais estão previstas nos arts. 359-A a 359-H. As condutas típicas são: contratação de operação de crédito (art. 359-A); inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar (art. 359-B); assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura (art. 359-C);

ordenação de despesa não autorizada (art. 359-D); prestação de garantia graciosa (art. 359-E); não cancelamento de restos a pagar (art. 359-F); aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura (art. 359-G); oferta pública ou colocação de títulos no mercado (art. 359-H).

Art. 359-A – Contratação de operação de crédito

1. OBJETO JURÍDICO

O bem jurídico tutelado são o patrimônio público, o equilíbrio orçamentário e as Finanças Públicas, os quais seriam ameaçados pela possibilidade de o administrador contrair empréstimos para a realização de obras demagógicas.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

Trata-se de crime de ação múltipla. Três são as ações nucleares:

a) Ordenar: nessa modalidade típica, o funcionário público não realiza a operação de crédito irregular, mas apenas determina, manda que terceiros o façam. A iniciativa, portanto, parte dele.

b) Autorizar: aqui a iniciativa não parte do funcionário, mas ele dá a sua permissão para que outrem realize a operação de crédito irregular. Ele, assim, valida a ação praticada por outrem.

c) Realizar: aqui, a operação de crédito irregular é praticada diretamente pelo funcionário.

2.2. Elemento normativo do tipo

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 32, § 1º, I e IV, exige que tal operação de crédito seja realizada mediante

> existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;
>
> (...)
>
> autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

Excluem-se, portanto, os "decretos ou quaisquer outros atos administrativos, que regulamentem e determinem os limites, condições e montante da dívida consolidada" (GOMES; BIANCHINI, 2001, p. 41).

2.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, o qual somente pode ser praticado pelos integrantes das entidades elencadas pelo art. 1º da LC 101/2000.

2.4. Sujeito passivo

São o Estado, titular da Administração Pública, como sujeito passivo permanente, e a pessoa jurídica dotada de personalidade própria, em nome da qual se realizou a operação de crédito.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, ciente o agente de que o faz sem prévia autorização legislativa.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com a expedição da ordem, autorização ou realização da operação de crédito, sem permissão legal. O resultado naturalístico é a efetiva assunção da despesa, que pode ocorrer nas duas primeiras modalidades (ordenar e autorizar), mas como mero exaurimento, uma vez que a consumação se dá no momento da emissão da ordem ou autorização, sendo irrelevante que a operação de crédito se realize. Trata-se, portanto, de crimes formais, em que o resultado naturalístico pode até ocorrer, mas é irrelevante, pois o delito se aperfeiçoa antes e independentemente de sua concretização. Na hipótese da realização efetiva da operação de crédito, por sua vez, o crime é mesmo material, pois o resultado naturalístico (efetivação do crédito) é exigido para a consumação, sendo possível, nesse caso, e somente nele, a tentativa. Nas duas primeiras figuras – ordenar e autorizar – a tentativa é inadmissível. Na figura de realizar, como se trata de crime material, que admite fracionamento, a tentativa é perfeitamente possível.

5. FORMAS

5.1. Simples

Está prevista no *caput* do artigo.

5.2. Equiparada

Está prevista no parágrafo único do art. 359-A, cujo teor é o seguinte:

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.

Art. 359-B – Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar

1. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se o equilíbrio orçamentário e a boa saúde das Finanças Públicas.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

As ações nucleares típicas consubstanciam-se nos verbos *ordenar* ou *autorizar*, no caso, *a inscrição em restos a pagar*:

a) de despesa que não tenha sido previamente empenhada: somente se admite a inscrição de despesa pública em restos a pagar se houver o seu prévio empenho. Do contrário, haverá a configuração do crime em tela;

b) de despesa que exceda o limite estabelecido em lei: a inscrição de despesas públicas em restos a pagar, além do prévio empenho, deve respeitar um limite fixado em lei. Nessa modalidade criminosa, o agente público deixa para o exercício seguinte o pagamento de despesas públicas, previamente empenhadas, que excedam o limite estabelecido em lei. Temos, assim, que a inscrição de despesas públicas em restos a pagar é admissível, desde que seja precedida de empenho e não extrapole o limite estabelecido em lei.

2.2. Elemento normativo do tipo

O tipo penal, na segunda modalidade criminosa, faz referência à inscrição em restos a pagar de despesa que *exceda o limite estabelecido em lei.* Se a despesa pública inscrita estiver dentro do limite legal fixado, o fato será atípico. Importante ressalvar que o tipo penal se refere à lei, não se incluindo aqui os decretos e atos administrativos.

2.3. Sujeito ativo

Cuida-se aqui de crime próprio. Somente pode praticá-lo o agente público que tenha competência para ordenar ou autorizar a inscrição de despesas públicas em restos a pagar.

2.4. Sujeito passivo

São sujeitos passivos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei. É necessário que o agente tenha ciência de que não há prévio empenho da despesa ou de que esta ultrapassa o limite legal. Não se exige qualquer finalidade específica (obtenção de lucro, vingança política).

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime se consuma quando a ordem ou autorização para o pagamento se efetivam, isto é, quando se inscreve definitivamente a despesa no verbete "restos a pagar". A tentativa é perfeitamente admissível.

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

1. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se, aqui, o equilíbrio orçamentário, a continuidade e a impessoalidade na Administração Pública, independentemente de o sucessor ser aliado do administrador.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

As ações nucleares típicas são as mesmas do art. 359-B, quais sejam *ordenar* (o agente determina que terceiro pratique a ação, a iniciativa é sua) ou *autorizar* (aqui, o agente público apenas referenda a iniciativa de terceiro de praticar a ação, sendo a sua anuência imprescindível para criar a obrigação). O agente ordena ou autoriza a assunção de obrigação (dívidas ou compromissos financeiros):

a) nos dois últimos quadrimestres do último mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro;

b) nos dois últimos quadrimestres do último mandato ou legislatura, que resulte em parcela a ser paga no exercício seguinte, não havendo contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa: nessa modalidade típica, há a assunção de dívida, naquele espaço temporal, cujas parcelas são repassadas para o próximo mandatário, sem que para o seu pagamento haja suficiente disponibilidade de caixa.

2.2. Sujeito ativo

Cuida-se aqui de crime próprio, que somente pode ser praticado pelo agente político capaz de assumir a dívida.

2.3. Sujeito passivo

São a União, o Estado, o Distrito Federal e o Município, cujos cofres terão de suportar a despesa herdada de suas próprias administrações anteriores.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de ordenar ou autorizar a assunção de obrigação nos últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura. É necessário que o agente tenha ciência de que a despesa não pode ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, de que não tem contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa. Do contrário, haverá o erro de tipo, o qual exclui o dolo e, consequentemente, o próprio tipo penal.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Trata-se de crime formal, que se consuma no momento em que é expedida a ordem ou autorização nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato, sendo irrelevante que a obrigação seja efetivamente assumida (resultado naturalístico), o que configurará mero exaurimento. O crime não admite tentativa: ou o administrador ordena ou autoriza a despesa e o crime já se consumou, independentemente da efetivação dessa operação, ou não ordena ou não autoriza e não há crime.

Entendemos não ser possível a tentativa.

Art. 359-D – Ordenação de despesa não autorizada

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se, aqui, o patrimônio público, evitando-se sua dilapidação, mediante decisões arbitrárias e tresloucadas do administrador, e estabelecendo-se estrita legalidade para as ações capazes de levar ao endividamento do erário. Além disso, conforme lembra Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 385), tutelam-se também “a probidade e a normal regularidade financeira do Estado no que diz respeito ao equilíbrio e transparência das contas públicas”.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

A ação nuclear típica consubstancia-se no verbo ordenar, isto é, determinar, no caso, a geração de despesa não autorizada por lei. De acordo com o art. 15, Seção I, Capítulo IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal, serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou a assunção de obrigação que não atendam ao disposto nos arts. 16 e 17.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. Somente pode praticá-lo o agente público que tenha atribuição legal para ordenar a geração de despesas.

2.3. Sujeito passivo

Se o crime for praticado por Presidente da República, Governador do Estado ou Distrito Federal ou Prefeito Municipal, o sujeito passivo será, respectivamente, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de ordenar despesa não autorizada em lei. Obviamente, o agente público deve ter ciência da falta de autorização legal para a ordenação da despesa pública. Do contrário, haverá erro de tipo, o qual exclui o dolo e, consequentemente, a própria tipicidade.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime é formal, pois se consuma no momento em que a despesa é ordenada, independentemente de esta se efetivar. Tal resultado naturalístico é irrelevante para a consumação, a qual ocorre antes dele, tratando-se, portanto, de mero exaurimento. Desse modo, não admite a tentativa: ou o agente ordena a despesa e o crime está consumado ou não chega a ordenar e não existe delito.

Art. 359-E – Prestação de garantia graciosa

1. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se, aqui, o equilíbrio orçamentário e o patrimônio público.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

A ação nuclear típica consubstancia-se no verbo *prestar*, isto é, conceder, no caso, garantia em operação de crédito sem a contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei. Haverá, então, a configuração do crime se o agente público conceder garantia em operação de crédito, sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada. Na hipótese, a contragarantia constituída é inferior ao valor da garantia dada.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. Somente pode praticá-lo o agente público que tenha competência para prestar a garantia em operação de crédito.

2.3. Sujeito passivo

A União, os Estados, o Município e o Distrito Federal, conforme o caso. Se o crime for, por exemplo, praticado por Governador do Estado, o sujeito passivo

será o Estado.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de prestar a garantia sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Há duas posições na doutrina:

a) Para Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2001, p. 52):

> A inexistência de contragarantia quando da prestação de uma garantia não é motivo suficiente para se punir penalmente a conduta, visto que, para não configurar mero ilícito administrativo, exige-se a comprovação do perigo concreto de lesão às Finanças Públicas (ou ao equilíbrio das contas públicas). Exige-se, portanto, para a consumação do crime, a comprovação do perigo a um bem jurídico de natureza supraindividual.

Os autores, dessa forma, admitem a tentativa: "Assim, se o agente público presta garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia e, por circunstâncias alheias à sua vontade, a ordem não é cumprida, responde pelo crime". Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 1192-1193) admite a tentativa no crime em tela.

b) Para Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 391):

> O crime atinge a consumação quando o agente público concede a garantia em operação de crédito sem constituir a contragarantia nos moldes típicos exigidos. A expressão "sem que tenha sido constituída" pode dar a ideia de anterioridade. De observar-se, contudo, mostrar-se comum a circunstância de a contragarantia, em contrato administrativo, ser constituída no mesmo momento da garantia. Anterior ou concomitante, o crime está consumado. A tentativa é inadmissível.

Art. 359-F – Não cancelamento de restos a pagar

1. OBJETO JURÍDICO

Tutela-se, aqui, a integralidade do patrimônio público, além da continuidade e da impessoalidade na gestão administrativa.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear – elemento normativo do tipo

Trata-se de crime omissivo:

a) deixar de ordenar: nesta modalidade típica, incumbe ao agente determinar a terceiro que cancele os restos a pagar, contudo descumpre esse dever legal ao se omitir;

b) deixar de autorizar: aqui incumbe a terceira pessoa cancelar os restos a pagar, contudo ela necessita da autorização, isto é, do referendo do agente

público competente, mas este se omite;

c) deixar de promover: nesta modalidade típica, incumbe ao próprio agente público realizar o cancelamento dos restos a pagar.

O tipo penal contém um elemento normativo, já que somente haverá crime se o agente se omitir em cancelar montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei. Dessa forma, se o valor estiver de acordo com o que a lei permite, o fato será considerado atípico. Ressalva Damásio de Jesus (2001b, v. 4, p. 395): "se há irregularidade por outro motivo, que não seja o valor maior previsto no tipo penal, o fato é atípico, podendo ensejar responsabilidade administrativa".

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. Somente pode praticá-lo o agente público que tenha atribuição legal para cancelar despesas inscritas em restos a pagar. Conforme visto, o responsável pela inscrição responde pelo delito previsto no art. 359-B.

2.3. Sujeito passivo

É a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei. É necessário que o agente tenha ciência da existência da inscrição nesse valor.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Trata-se de crime omissivo. Consuma-se, portanto, no momento em que o agente deixa de ordenar, autorizar ou promover o cancelamento dos restos a pagar.

A tentativa é inadmissível.

Art. 359-G – Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura

1. OBJETO JURÍDICO

Tutelam-se a probidade na Administração, a impessoalidade e a continuidade na gestão administrativa, independentemente de quem venha a ser o sucessor, e a proteção e o equilíbrio das Finanças Públicas.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

Trata-se de crime de ação múltipla.

Três são as ações nucleares típicas:

a) ordenar: aqui o agente determina que terceiro pratique o ato; a iniciativa, portanto, é sua;

b) autorizar: nesta modalidade, a iniciativa é de terceiro, porém o ato é referendado pelo agente público;

c) executar: a concretização do ato é realizada pelo próprio agente público.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. Somente podem praticar o delito em estudo os titulares de mandato, de qualquer dos três Poderes, inclusive do Legislativo – pois o próprio tipo penal é expresso ao se referir à "legislatura" –, que tenham competência para aumentar os gastos com pessoal (nesse sentido: JESUS, 2001b, v. 4, p. 398). Por exemplo: Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa, Governador de Estado, Procurador-Geral de Justiça, Advogado-Geral da União etc.

2.3. Sujeito passivo

A União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município e respectivos órgãos ou entidades, dependendo de quem praticar o delito. Se praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, o sujeito passivo será o referido Tribunal; se cometido pelo Procurador-Geral de Justiça, será o Ministério Público, e assim por diante.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos 180 dias anteriores ao final do mandato ou legislatura. É necessário que o agente tenha ciência de que realiza o aumento de despesa com pessoal naquele período.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Nas modalidades ordenar e autorizar, trata-se de crime formal, que se consuma com a realização do comportamento, implementando-se ou não a despesa, o que configurará mero exaurimento. O resultado naturalístico, portanto (aumento de despesa), é irrelevante para a consumação, que se opera antes e independentemente de sua realização. A tentativa é inadmissível, pois ou o agente ordena ou autoriza, ou não existe crime. Na conduta de executar, por sua vez, o crime é material, somente se consumando com o aumento de despesa efetivamente executado. Nessa hipótese, será possível a tentativa.

5. DISTINÇÃO

Esse delito não se confunde com o do art. 359-C porque, lá, o que se pune é a conduta de ordenar ou autorizar despesa que não possa ser paga na mesma gestão, ao passo que aqui se pretende coibir o aumento de despesa, independentemente de poder ser paga no mesmo exercício financeiro (GOMES; BIANCHINI, 2001, p. 54). Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 1200) traz outras diferenças:

> A proibição constante do art. 359-C é abrangente, genérica, englobando toda e qualquer despesa, enquanto a criminalização deste art. 359-G é restrita, específica, limitando-se à despesa com pessoal. Por fim, o prazo depurador do primeiro dispositivo é de oito meses (dois quadrimestres), enquanto o do segundo é seis meses (cento e oitenta dias). Significa dizer que, embora já esteja proibida a assunção de obrigação a ser resgatada no ano seguinte, a partir do oitavo último mês, será possível efetuar gastos com pessoal, antes de ingressar no sexto mês. E não há nisso nenhum paradoxo, na medida em que a especificidade dos encargos acaba autorizando essa práxis.

Art. 359-H – Oferta pública ou colocação de títulos no mercado

1. OBJETO JURÍDICO

O bem jurídico aqui tutelado são a proteção das Finanças Públicas e o equilíbrio orçamentário, estabelecendo-se um controle sobre endividamentos futuros.

2. ELEMENTOS DO TIPO

2.1. Ação nuclear

Trata-se de crime de ação múltipla. As ações nucleares estão consubstanciadas nos verbos:

a) ordenar: aqui, o agente determina que terceiro pratique o ato; a iniciativa, portanto, é sua;

b) autorizar: nesta modalidade, a iniciativa é de terceiro, porém o ato é corroborado pelo agente público;

c) promover: a ação de levar a efeito, realizar, cumprir a ordem ou autorização é realizada pelo agente.

O agente público ordena, autoriza ou promove:

a) a oferta 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;

b) 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.

2.2. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio.

Somente pode ser praticado pelo agente público que tenha competência para ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem o preenchimento daqueles requisitos. Afirma, no entanto, Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 1201) que

> neste tipo penal, sujeito ativo pode ser outra espécie de funcionário público, quando a figura típica for a modalidade de "promover", que, em tese, é subordinado com a função de executar a ordem ou autorização do sujeito ativo das outras figuras delitivas.

2.3. Sujeito passivo

São considerados sujeitos passivos do crime em tela a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem o preenchimento de um dos requisitos legais. É necessário que o agente tenha ciência de que os títulos da dívida pública não foram criados por lei ou não foram registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia. Do contrário, o fato é atípico.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Nas condutas de ordenar e autorizar, o crime é formal, uma vez que se consubstancia com a mera realização do comportamento, independentemente de se efetivar a colocação dos títulos no mercado financeiro, o que seria um simples exaurimento. A produção do resultado naturalístico (efetiva oferta pública dos títulos) é, assim, irrelevante para o resultado consumativo de ambas as formas. À vista disso, a tentativa será inadmissível, pois ou o agente ordena ou autoriza, ou não ocorre o crime. Na modalidade de promover, por sua vez, o crime é material, somente se consumando no momento em que os títulos são colocados em mercado. Nesse caso, a tentativa será possível.

Referências

AMARAL, Regina Célia. É possível a responsabilidade penal de pessoa jurídica por dano ambiental. Brasília: STJ, 3. jun. 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br/noticias/imprimenoticia=14168>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

_____. *Código Penal comentado.* São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

CAPEZ, Fernando. *Arma de fogo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Curso de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2000a. v. 1.

_____. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000b.

_____. *Legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. v. 1.

_____. *Comentários ao Estatuto do Desarmamento*: Lei n. 10.826/2003. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Tráfico de pessoa e o bem jurídico em face da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. In: *Tráfico de pessoas*. MARZAGÃO, Laerte (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ESTELLITA, Heloisa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/2003. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, set. 2003.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a pessoa*. 2. ed. São

Paulo: Saraiva, 1999a. (Sinopses Jurídicas, 8).
_____. *Dos crimes contra o patrimônio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999b. (Sinopses Jurídicas, 9).
_____. *Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a administração*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. (Sinopses Jurídicas, 10).
HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958a. v. 6.
_____. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958b. v. 7.
_____. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.
HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 5.
HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.
JESUS, Damásio de. Anotações à Lei n. 8.072/90. In: *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, n. 4, 1990.
_____. *Código Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000a.
_____. *Direito penal*: parte especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.
_____. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001a. v. 2.
_____. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001b. v. 4.
_____. Estupro e atentado violento ao pudor, nas formas típicas simples, são hediondos? *Phoenix*: órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, n. 2, fev. 2001c. 4 p.
_____. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
_____. *Tráfico internacional de mulheres e crianças*: Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003.
_____. Jurisprudência e doutrina. *Phoenix*: órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, n. 25, ago. 2000b. 2 p.
_____. Representação caluniosa por ato de improbidade. *Phoenix*: órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, n. 37, nov. 2000c.
_____. Sequestro-relâmpago. *Phoenix*: órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, n. 21, ago. 2000d. 2 p.
MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1953.
MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São

Paulo: Malheiros, 1994.
MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.
_____. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001a. v. 2.
_____. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001b. v. 3.
NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4.
_____. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2.
_____. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.
Phoenix: órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo, n. 21, ago. 2003. 2 p.