6

SABERES DO DIREITO

Direito Penal

Parte Especial I

Arts. 121 a 212

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

Atualidade
Interatividade
venha fazer parte!
LivroeNet
saiba mais em:
livroenet.com.br

Editora Saraiva

6

SABERES DO DIREITO

Direito Penal

Parte Especial I

Arts. 121 a 212

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

2012

Editora Saraiva



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

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

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

BAHIA/SERGIPE

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

BAURU (SÃO PAULO)

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

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

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

DISTRITO FEDERAL

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

GOIÁS/TOCANTINS

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

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

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

MINAS GERAIS

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

PARÁ/AMAPÁ

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

PARANÁ/SANTA CATARINA

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

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

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

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

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

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

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

RIO GRANDE DO SUL

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

SÃO PAULO

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

ISBN 978-85-02-16907-4

Cabette, Eduardo Luiz Santos
Direito penal : parte especial I / Eduardo Cabette. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 6)
1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título. II. Série.
12-01432 CDU-343(81)

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil : Direito penal 343(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Roberto Navarro
Assistente editorial Thiago Fraga
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know -how Editorial
Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira
Capa Aero Comunicação
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 17-2-2012

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

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

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia. Mestre em Direito Social. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia.
Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal
Especial na graduação e na pós-graduação do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal.

Conheça o autor deste livro: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16906-7

Coordenadores

Alice Bianchini

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

Luiz Flávio Gomes

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012

Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o Conteúdo Net[1]

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de Conteúdo Net)[1] .

No Conteúdo Net[1] você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao Conteúdo Net[1] do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet
http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012

1 O Conteúdo Net deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

Sumário

PARTE I

Dos Crimes Contra a Pessoa (arts. 121 a 154, CP)

Homicídio (art. 121, CP)
Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio (art. 122, CP)
Infanticídio (art. 123, CP)
Aborto (arts. 124 a 128, CP)
Lesões Corporais (art. 129, CP)
Perigo de Contágio Venéreo (art. 130, cp)
Perigo de Contágio de Moléstia Grave (art. 131, cp)
Perigo para a Vida ou Saúde de Outrem (art. 132, cp)
Abandono de Incapaz (art. 133, CP)
Exposição ou Abandono de Recém-nascido (art. 134, cp)
Omissão de Socorro (art. 135, CP)
Maus-tratos (art. 136, cp)
Rixa (art. 137, CP)
Crimes Contra a Honra (arts. 138 a 145, CP)
Constrangimento Ilegal (art. 146, cp)
Ameaça (art. 147, CP)
Sequestro ou Cárcere Privado (art. 148, CP)
Redução à Condição Análoga à de Escravo (art. 149, CP)
Violação de Domicílio (art. 150, CP)
Violação de Correspondência (arts. 151 e 152, CP)
Divulgação de Segredo (art. 153, CP)
Violação de Segredo Profissional (art. 154, CP)

PARTE II

Dos Crimes Contra o Patrimônio (arts. 155 a 183, CP)

Furto (art. 155, CP)
Furto de Coisa Comum (art. 156, cp)
roubo (art. 157, CP)
Extorsão (art. 158, CP)
Extorsão Mediante Sequestro (art. 159, CP)
Extorsão Indireta (art. 160, CP)
Alteração de Limites, Usurpação de Águas e Esbulho Possessório (art. 161, CP)
Supressão ou Alteração de Marca em Animais (art. 162, CP)
Dano (art. 163, CP)
Introdução ou Abandono de Animais em Propriedade Alheia (art. 164, CP)
Apropriação Indébita (art. 168, CP)
Apropriação Indébita Previdenciária (art. 168-A, CP)
Apropriação de Coisa Havida por Erro, Caso Fortuito ou Força da Natureza; Apropriação de Tesouro e Apropriação de Coisa Achada (art. 169 e parágrafo único, I e II, CP)
Estelionato (art. 171, CP)

Duplicata Simulada (art. 172, CP)
Abuso de Incapazes (art. 173, CP)
Induzimento à Especulação (art. 174, CP)
Fraude no Comércio (art. 175, CP)
Outras Fraudes (art. 176, CP)
Fraudes e Abusos na Fundação ou Administração de Sociedades por Ações (art. 177, CP)
Emissão Irregular de Conhecimento de Depósito ou *Warrant* (art. 178, CP)
Fraude à Execução (art. 179, CP)
Receptação (art. 180, CP)
Disposições Gerais dos Crimes Contra o Patrimônio (arts. 181 a 183, CP)

PARTE III

Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial (arts. 184 a 196, CP)

Violação de Direito Autoral (art. 184, CP)
Usurpação de Nome ou Pseudônimo Alheio (art. 185, CP)
Dos Crimes Contra o Privilégio de Invenção (arts. 187 a 191, CP); dos Crimes Contra as Marcas de Indústria e Comércio (arts. 192 a 195, CP) e dos Crimes de Concorrência Desleal (art. 196, CP)

PARTE IV

Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho (arts. 197 a 207)

Atentado Contra a Liberdade do Trabalho (art. 197, CP)
Atentado Contra a Liberdade de Contrato de Trabalho e Boicotagem Violenta (art. 198, CP)
Atentado Contra a Liberdade de Associação (art. 199, CP)
Paralisação do Trabalho, Seguida de Violência ou Perturbação da Ordem (art. 200, CP)
Paralisação de Trabalho de Interesse Coletivo (art. 201, CP)
Invasão de Estabelecimento Industrial, Comercial ou Agrícola. Sabotagem (art. 202, CP)
Frustração de Direito Assegurado por Lei Trabalhista (art. 203, CP)
Frustração de Lei sobre a Nacionalização do Trabalho (art. 204, CP)
Exercício de Atividade com Infração de Decisão Administrativa (art. 205, CP)
Aliciamento para o Fim de Emigração (art. 206, CP)
Aliciamento de Trabalhadores de um Local para outro do Território Nacional (art. 207, CP)

PARTE V

Dos Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito aos Mortos (arts. 208 a 212, CP)

Ultraje a Culto e Impedimento ou Perturbação de Ato a Ele Relativo (art. 208, CP)
Impedimento ou Perturbação de Cerimônia Funerária (art. 209, CP)
Violação de Sepultura (art. 210, CP)
Destruição, Subtração ou Ocultação de Cadáver (art. 211, CP)
Vilipêndio a Cadáver (art. 212, CP)

Referências

PARTE I

Dos Crimes Contra a Pessoa (arts. 121 a 154, CP)

- Homicídio (art. 121, CP)
- Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio (art. 122, CP)
- Infanticídio (art. 123, CP)
- Aborto (arts. 124 a 128, CP)
- Lesões Corporais (art. 129, CP)
- Perigo de Contágio Venéreo (art. 130, CP)
- Perigo de Contágio de Moléstia Grave (art. 131, CP)
- Perigo para a Vida ou Saúde de Outrem (art. 132, CP)
- Abandono de Incapaz (art. 133, CP)
- Exposição ou Abandono de Recém-nascido (art. 134, CP)
- Omissão de Socorro (art. 135, CP)
- Maus-tratos (art. 136, CP)
- Rixa (art. 137, CP)
- Crimes Contra a Honra (arts. 138 a 145, CP)
- Constrangimento Ilegal (art. 146, CP)
- Ameaça (art. 147, CP)
- Sequestro ou Cárcere Privado (art. 148, CP)
- Redução à Condição Análoga à de Escravo (art. 149, CP)

- Violação de Domicílio (art. 150, CP)
- Violação de Correspondência (arts. 151 e 152, CP)
- Divulgação de Segredo (art. 153, CP)
- Violação de Segredo Profissional (art. 154, CP)

Homicídio (art. 121, CP)

Bem jurídico tutelado

Trata-se da vida humana.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo de homicídio, tratando-se de crime comum.

Sujeito passivo

Também pode ser sujeito passivo do homicídio qualquer pessoa. Somente não será sujeito passivo desse crime a pessoa que seja induzida, instigada ou auxiliada a destruir a própria vida. Para tanto existe tipo penal específico previsto no art. 122, CP. Note-se, porém, que há casos em que embora alguém destrua a própria vida, enganada ou conduzida por outrem, ocorrerá o crime de homicídio. Vejamos alguns exemplos:

a) Um alienado mental que não tem qualquer noção das consequências de seus atos e é induzido a saltar de um prédio por outra pessoa.

b) Caso de coação absoluta em que a vítima é forçada a matar-se ou mesmo levada a erro, por exemplo, enganada quanto ao desmuniciamento de uma arma ou à natureza de uma substância a ser ingerida (ex.: veneno por remédio).

Observe-se ainda que existe tipo penal especial para o caso da mãe que mata

o próprio filho recém-nascido sob a influência do estado puerperal (art. 123, CP – Infanticídio).

Qualquer pessoa pode ser vítima de homicídio, conforme acima mencionado, inclusive não importando o grau de vitalidade. Tanto o ser humano saudável como o moribundo podem ser vítimas de homicídio. No atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro a chamada “eutanásia” configura crime de homicídio. O máximo que pode ocorrer em casos que tais é o reconhecimento de uma redução de pena devido à configuração do chamado “homicídio privilegiado” (art. 121, § 1º, CP).

Outro ponto importante é a determinação do momento a partir do qual se pode falar em uma pessoa apta a ser vítima do crime de homicídio. Essa determinação será relevante para a diferenciação entre os crimes de homicídio e aborto.

A doutrina e a jurisprudência têm indicado o início da existência da pessoa humana a partir do “início do parto”. A partir do início do parto, havendo vida humana, pode ocorrer o crime de homicídio, não sendo necessário que essa vida seja viável. Por exemplo: pode ser vítima de homicídio uma criança com hidrocefalia com prognóstico de sobrevida muito reduzido ou mesmo nulo. Também não há óbice à configuração do crime de homicídio se a conduta letal atinge um “ser teratológico” (deformado, que não tem forma humana), embora nascido de mulher. Tratando-se do sujeito passivo do crime, é importante lembrar que no caso do homicídio o consentimento da vítima é absolutamente irrelevante, pois o bem jurídico vida é indisponível.

Uma distinção deve ser feita ao final: se a vítima for o Presidente da República, o Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, tendo motivação política, o crime é contra a Segurança Nacional e não um homicídio comum previsto no art. 121, CP (Lei n. 7.170/83 – Lei de Segurança Nacional – art. 29 – pena: reclusão de 15 a 30 anos).

Tipo subjetivo

O homicídio é previsto nas formas dolosa e culposa. No caso do homicídio doloso a doutrina tem denominado a vontade do agente de *animus necandi* ou *animus occidendi* (vontade de matar).

Consumação e tentativa

A consumação do crime de homicídio se dá com a morte da vítima. Trata-se

de crime instantâneo de efeitos permanentes.

A prova do homicídio é produzida por meio do Laudo Necroscópico. A prova pericial é imprescindível por tratar-se de infração penal que deixa vestígios (crime material) (art. 158, CPP). Ela somente poderá ser suprida pela testemunhal nos termos do art. 167, CPP, em casos extremos.

O homicídio (crime material e plurissubsistente) admite tentativa. Muitas vezes a tentativa de homicídio pode confundir-se com o crime de lesões corporais, pois em ambos os casos haverá ao final da conduta do infrator uma vítima lesionada e viva. O que irá diferenciar os casos de tentativa de homicídio e de lesão corporal será o elemento subjetivo, ou seja, o dolo ou a vontade do agente. Se essa vontade for dirigida a matar a vítima (*animus necandi* ou *occidendi*), haverá tentativa de homicídio; se for dirigida somente a lesionar (*animus laedendi* ou *nocendi*), haverá apenas lesão corporal (art. 129, CP). Note-se ainda que, se no caso concreto houver dificuldade para a apuração da vontade do agente, a decisão deverá ser a mais favorável ao réu, ou seja, o reconhecimento de lesões corporais, devido ao Princípio do "Favor Rei" (*in dubio pro reo*).

Homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP)

O homicídio privilegiado é uma causa de diminuição de pena. São previstos casos em que a reprovabilidade da conduta é minorada. O art. 121, § 1º, CP, descreve três motivações do homicídio que merecem a redução legal da pena: a) cometer o homicídio por relevante valor moral; b) cometer o homicídio por relevante valor social; c) cometer o homicídio sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

O relevante valor moral e o relevante valor social são semelhantes, mas apresentam diferença importante: enquanto o relevante valor moral se refere a interesses particulares, o relevante valor social é atinente a interesse coletivo. Por exemplo: a) relevante valor moral: o pai que mata o estuprador da sua filha; b) relevante valor social: o indivíduo que mata o traidor da pátria ou um criminoso temido numa comunidade.

Observe-se que há conflito aparente de normas entre o disposto no art. 65, III, *a*, CP (atenuante genérica) e o disposto no art. 121, § 1º, CP. Deve prevalecer o privilégio do art. 121, § 1º, CP, devido ao Princípio da Especialidade. Ou seja, num caso concreto em que ocorra relevante valor moral ou social no homicídio, aplica-se o privilégio e afasta-se a atenuante genérica.

A violenta emoção de que trata o dispositivo sob comento exige certos requisitos, a saber: a) que seja realmente avassaladora do psiquismo, de modo a levar a pessoa a um agir impensado. Não se fala, porém, como no Código Penal anterior (1890), de "perturbação dos sentidos ou da inteligência", que se denominou de "privação dos sentidos"; b) injusta provocação – a vítima deve agir de modo a com sua conduta dar causa à ação violenta do homicida. Obviamente a provocação deve ser "injusta", não cabendo privilégio se o agente fica irado com o exercício de um direito da vítima. Note-se que a lei fala em "injusta provocação". Se o que motiva a morte da vítima é a defesa a uma "agressão", ocorre legítima defesa (art. 23, II, c/c 25, CP).

No caso da violenta emoção não ocorre, como nas situações de relevante valor moral ou social, um conflito aparente de normas com a atenuante genérica semelhante prevista no art. 65, III, *c*, CP. Embora ali também se fale em violenta emoção, trata-se de casos distintos que têm aplicação diversa: em primeiro lugar, no art. 65, III, *c*, menciona-se "influência" e não "domínio" de violenta emoção, vislumbrando-se, portanto, uma gradação das situações que as distingue plenamente. Ademais, existe a provocação injusta da vítima na atenuante genérica, mas não há o requisito temporal ("logo em seguida"). Outro aspecto relevante diz respeito à interpretação que deve ser dada ao requisito temporal, ou seja, à expressão "logo em seguida", a qual impõe que a reação seja próxima no tempo em relação à provocação. Não existe um critério rígido, sendo necessário, porém, que a reação se dê enquanto durar a irritação do autor. Obviamente, se passadas muitas horas do fato ou o autor passar a outras ocupações para depois vir a cometer o crime, ocorrem fortes indicações ao não reconhecimento do privilégio. Caberá sempre ao juiz avaliar cada caso com as suas peculiaridades. É preciso não esquecer, contudo, que o que importa no tempo é a ciência do agente sobre o fato provocador. Pode ocorrer que o fato se distancie longamente no tempo, mas o agente tenha tomado ciência dele agora e ficado sob domínio de violenta emoção.

Pode ocorrer ainda que o agente julgue por erro justificável a presença de algum privilégio, sendo que neste caso poderá ser reconhecido o benefício por configurar-se "erro de tipo", nos termos do art. 20, CP.

Finalmente, questionamento relevante refere-se à compatibilidade ou não dos privilégios com as qualificadoras no crime de homicídio. Em suma, pode um homicídio ser, concomitantemente, ao mesmo tempo, privilegiado e qualificado?

A doutrina dominante aponta a seguinte solução: serão compatíveis os privilégios com as qualificadoras objetivas (dizem respeito à maneira como se

mata alguém – art. 121, § 2º, III e IV, CP), mas não com as qualificadoras subjetivas (dizem respeito à razão ou motivo para matar alguém – art. 121, § 2º, I, II e V, CP), pois estas são opostas às circunstâncias privilegiadas (neste sentido: Mirabete, Damásio E. de Jesus, Aníbal Bruno, João Mestieri, Celso Delmanto etc.). Magalhães Noronha, por seu turno, afirma serem absolutamente incompatíveis as qualificadoras com os privilégios, inclusive pela posição do parágrafo que trata do homicídio privilegiado antes do que trata do qualificado.

A consequência do reconhecimento do privilégio no homicídio é a redução de pena de um sexto a um terço. Como o art. 121, § 1º, *in fine*, diz que o juiz "pode reduzir a pena", discute-se na doutrina se esta redução é um "direito público subjetivo do réu", estando o juiz obrigado a aplicá-la uma vez reconhecido o privilégio, ou se trata-se de uma "faculdade" do julgador.

A maioria dos autores manifesta-se pela faculdade da redução (*v.g.* Nelson Hungria, João Mestieri, Mirabete, Magalhães Noronha, Frederico Marques, Heleno Fragoso etc.). Outros se manifestam pela obrigatoriedade da redução, aduzindo que a faculdade se refere apenas à determinação do *quantum* da redução (de um sexto a um terço) (*v.g.* Damásio E. de Jesus e Celso Delmanto). A jurisprudência atual, porém, vem tendendo a reconhecer a obrigatoriedade da redução quando reconhecido o privilégio, concluindo tratar-se de "direito público subjetivo do réu". Na verdade, reconhecido o privilégio, não terá o juiz como fundamentar a não redução da pena, sendo-lhe vedado agir por mero capricho (art. 93, IX, CF). A conformação atual do Estado de Direito não comporta a concessão de poderes incondicionais a nenhuma autoridade estatal.

Homicídio qualificado

Crime hediondo

O homicídio qualificado, tratado no art. 121, § 2º, I a V, CP, apresenta casos em que o legislador considera a conduta do agente mais reprovável, seja por aspectos objetivos, seja por aspectos subjetivos, determinando como consequência um considerável aumento de pena (de 12 a 30 anos de reclusão). Além disso, conforme art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90, alterada pela Lei n. 8.930/94, o homicídio qualificado e aquele praticado em atividade típica de grupo de extermínio são considerados "Crime Hediondo", com todas as consequências dessa classificação (*vide* art. 2º e parágrafos da Lei n. 8.072/90).

É importante salientar que o homicídio simples, o homicídio privilegiado e o homicídio culposo não são considerados crimes hediondos. Pode-se ainda questionar se o homicídio privilegiado/qualificado seria classificável como

hediondo. Têm apontado a doutrina e a jurisprudência no sentido de que não existe a possibilidade do reconhecimento dessa espécie de homicídio como hediondo, principalmente tendo em vista o Princípio da Legalidade, já que a Lei dos Crimes Hediondos a ele não faz referência.

Estudo dos incisos

I – Mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe

Os itens "paga e promessa de recompensa" são muito semelhantes, apenas diferindo no sentido de que no primeiro o agente recebe a compensação para o crime e no segundo basta que haja a "promessa" e o autor aja movido por ela, não havendo necessidade de que a promessa seja cumprida. Também nos casos de paga ou promessa, não é imperiosa a fixação de valores nem que a paga seja realizada integralmente.

Ambos os casos são denominados na doutrina como "Homicídio Mercenário". Existe divergência, porém, no que se refere à natureza da recompensa, havendo autores que defendem a tese de haver de ser esta patrimonial (*v.g.* Mirabete, Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno e Celso Delmanto) e outros que afirmam poder constituir-se em qualquer vantagem, ainda que não economicamente apreciável, como, por exemplo, uma promessa de casamento, favores sexuais, promoção profissional etc. (*v.g.* Damásio E. de Jesus, João Mestieri e Costa e Silva).

A predominância na doutrina, conforme se vê, é no sentido da necessidade de significado patrimonial para a paga ou promessa de recompensa. Isso parece ser correto, uma vez que o legislador constou nesse inciso, na verdade, duas espécies do gênero "motivo torpe", pretendendo destacá-las com vistas à reprovação daquele que age contra a vida em troca de vantagem monetária. Os exemplos dos doutrinadores que defendem a possibilidade de enquadramento de outras vantagens não patrimoniais como pagas ou promessa de recompensa podem ter cabimento tranquilamente como homicídio qualificado na figura prevista do "outro motivo torpe" (ex.: indivíduo que mata em troca de favores sexuais da mulher da vítima).

Por fim, saliente-se que, nos casos de "Homicídio Mercenário", tanto o mandante como o executor respondem pela qualificadora em estudo, nos termos do art. 30, CP, ao que a doutrina tem denominado *crimen inter sicarios* ("Crime entre assassinos") (ver em contrário Fernando Capez).

Quanto à figura do “outro motivo torpe”, deve-se inicialmente conceituar o que seja “torpe”. No dicionário encontra-se a seguinte designação: “desonesto, repugnante, infame, nojento, ignóbil, manchado”. Assim sendo, este será qualquer motivo capaz de gerar o repúdio das pessoas, abrangendo inclusive o homicídio mercenário como uma de suas espécies, conforme já mencionado.

II – Por motivo fútil

Fútil é aquilo que é frívolo, insignificante, vão, leviano. Característica é a desproporção entre o motivo e a reação extrema de praticar o homicídio. São exemplos: discussão acerca de futebol, rompimento de namoro, desentendimentos banais, discussões no trânsito etc.

Indaga-se na doutrina se a futilidade do motivo deve ser analisada por um critério objetivo ou subjetivo, ou seja, deve-se avaliar a futilidade de acordo com um sentimento geral ou tendo em vista a impressão pessoal do autor do crime acerca da relevância daquela motivação específica?

A resposta tem indicado que a futilidade do motivo deve ser analisada por critérios objetivos, e não de acordo com o ponto de vista do réu. Outra realmente não poderia ser a solução, pois caso contrário o dispositivo tornar-se-ia letra morta. Ora, se o agente chegou a matar alguém devido àquele motivo em discussão, certamente, para ele, esse não seria jamais considerado um motivo fútil.

Outra indagação existente refere-se à equivalência ou não do motivo fútil à ausência de motivo. Existem decisões jurisprudenciais no sentido de equiparar a ausência de motivo ao motivo fútil, sob o argumento de que a falta de motivo configuraria o extremo da futilidade. No entanto, na doutrina e na jurisprudência, existem posicionamentos contrários, indicando que a ausência de motivo não pode ser equiparada a motivo fútil, devido ao Princípio da Legalidade. Se a lei fala em “motivo”, não havendo este, a qualificadora não subsiste (*v.g.* na doutrina Damásio E. de Jesus e Celso Delmanto). Tem predominado o entendimento na jurisprudência de que a ausência de motivo afasta a incidência desta qualificadora. Entende-se que esse posicionamento é mesmo o mais acertado, seja por questão de legalidade, seja também devido ao fato de que se sabe que, na verdade, nenhuma conduta humana é despida de fim. Desse modo, o que ocorre, na verdade, é que não se esclarece no processo o motivo do crime, mas este realmente existe. Em existindo, pode, ao menos em tese, estar ligado, por exemplo, a um privilégio ou ao menos constituir um motivo que não qualifique o crime. Nesse passo é preciso levar em conta, além do Princípio da

Legalidade já mencionado, o chamado Princípio do “Favor Rei”, na sua modalidade do *in dubio pro reo*. Havendo então dúvida, não se pode impor a qualificadora ao réu.

III – Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum

São todos casos em que o meio empregado pelo agente merece uma reprovação especial do legislador, seja pela crueldade ou maneira insidiosa (traiçoeira, dissimulada), seja pelo fato de poder resultar perigo a outras pessoas que poderão ser atingidas por via oblíqua. Analisemos cada caso:

a) *Veneno* – o primeiro passo neste tópico é conceituar o que seria veneno. Souza Lima conceitua veneno como “toda substância estranha à categoria dos agentes vulnerantes e patogênicos que, introduzida ou aplicada de qualquer modo no corpo humano em certa quantidade, relativamente grande, produz mais ou menos rapidamente, acidentes graves na economia, que podem terminar pela morte, ou deixar defeitos permanentes e irremediáveis” (GOMES, 1994, p. 592).

Indaga-se quanto à utilização de uma substância em geral inócua, a qual para determinada pessoa, por sua condição específica, pode ser letal, como por exemplo o açúcar para o diabético. Configurar-se-ia no caso a qualificadora do emprego de veneno?

A doutrina divide-se, existindo respeitáveis autores (*v.g.* Nelson Hungria e Magalhães Noronha) que apontam a equiparação nestes casos com o veneno. No entanto, a melhor opção está em considerar que a tipicidade exige o uso de veneno propriamente dito, uma vez que esta é a palavra utilizada pela lei (Princípio da Legalidade). Caso contrário, estar-se-ia admitindo uma analogia *in malam partem*. Nada impede, porém, que nesses casos seja reconhecida a qualificadora sob o aspecto de “outro meio insidioso”.

Aníbal Bruno traz à colação o exemplo do pó de vidro, concluindo não se tratar propriamente de veneno, mas de agente vulnerante que produz lesões por ação mecânica (instrumento cortante). Não obstante, a conduta de ministrar pó de vidro na comida para a vítima pode configurar a qualificadora do “outro meio insidioso” (BRUNO, 1966, p. 79).

Sem dúvida o venefício é um meio insidioso, sendo tal característica imprescindível para a configuração da qualificadora em estudo, ou seja, o veneno deve ser ministrado sem a ciência da vítima, a qual é enganada pelo agente. Se por acaso o veneno é ministrado com o conhecimento da vítima,

por exemplo, obrigando-a a ingerir mediante violência, a doutrina à unanimidade afirma a descaracterização da qualificadora do emprego de veneno. Haveria neste caso também um crime qualificado, mas pelo emprego de “meio cruel”, e não o venefício.

b) *Fogo* – o uso de fogo qualifica o homicídio, pois pode configurar meio cruel e até mesmo perigo comum quando gera possibilidade de incêndio. Não se deve confundir, porém, o uso de fogo no homicídio com o uso de “arma de fogo”. O emprego de arma de fogo não qualifica o homicídio. Também é importante lembrar que para a qualificadora em estudo é necessário que o fogo seja ateado à vítima ainda viva. Se ateado à vítima já morta, pode configurar outro crime (vilipêndio de cadáver ou ocultação de cadáver – arts. 211 e 212, CP). A verificação sobre se o fogo foi ateado antes ou *post mortem* se faz por meio da perícia médico-legal de acordo com características de lesões em vivos e em mortos.

c) *Explosivo* – segundo Magalhães Noronha, “explosivo é a substância que atua com detonação e estrondo; é a matéria capaz de causar rebentação” (NORONHA, 1990, p. 23). O emprego de explosivo certamente caracteriza situação que causa perigo comum, sendo este o cerne da previsão da qualificadora. Também o explosivo deve ser usado contra a vítima ainda viva. Se for usado em cadáver pode configurar destruição ou ocultação ou mesmo vilipêndio, dependendo do elemento subjetivo do autor (ver arts. 211 e 212, CP), seja em concurso com o homicídio ou autonomamente.

Tratando-se dos casos de emprego de fogo e/ou explosivo, apresenta-se a questão quanto ao eventual concurso formal com os crimes de perigo comum previstos nos arts. 250 e seguintes do Código Penal. Damásio entende que haveria concurso, mas seu posicionamento é diverso da maioria dos doutrinadores que ensinam, com razão, que os crimes de perigo são subsidiários, somente prevalecendo se inexistente outra infração mais grave. Assim sendo, o agente somente responderia pelo homicídio qualificado, inclusive para evitar possível *bis in idem*, pois seria apenado pelo homicídio qualificado e responderia ainda por outro crime em concurso, considerando um mesmo fato.

Acaso o agente com sua conduta efetivamente atinja outras pessoas além daquela(s) visada(s), dependendo do caso concreto, poderá responder a título de dolo eventual por outros tantos homicídios qualificados ou por homicídios culposos, tudo variando conforme o elemento subjetivo do autor.

d) *Asfixia* – a asfixia é considerada um meio cruel, sendo exemplos dessa espécie de conduta:

d.1 – Esganadura – constrição do pescoço com as mãos.

d.2 – Enforcamento – constrição do pescoço por um laço acionado pelo próprio peso do corpo da vítima.

d.3 – Estrangulamento – constrição do pescoço por um laço acionado por força muscular.

d.4 – Sufocação – tamponamento das vias aéreas.

d.5 – Soterramento – submersão em meio sólido.

d.6 – Afogamento – submersão em meio líquido.

d.7 – Confinamento – colocação da pessoa em local abafado, onde não circula o ar.

e) *Tortura* – caracteriza-se pela inflição de um meio que causa sofrimento desnecessário à vítima do homicídio. Revela o sadismo do autor do crime e configura-se como um meio cruel de matar.

A doutrina tem apontado que a tortura pode ser tanto física (ex.: queimaduras, choques etc.) como moral (ex.: criação de clima de terror ou angústia na vítima).

Neste tópico é preciso atentar para o conflito de normas entre o art. 121, § 2º, III (tortura) (homicídio qualificado pela tortura), e o crime de tortura qualificada pela morte, previsto no art. 1º, § 3º, da Lei n. 9.455/97.

O evento morte na tortura pode ocorrer de formas diversas, apresentando soluções também diferentes. Senão vejamos:

Caso 1 O indivíduo quer matar e quer que a morte se dê por meio de tortura. Configura-se o art. 121, § 2º, III, CP e é afastada a Lei n. 9.455/97. Neste caso a tortura não era o fim, mas apenas o meio para a obtenção da morte da vítima.

Caso 2 O indivíduo quer praticar a tortura e durante esta resulta a morte, sem que houvesse planejado tal resultado mais gravoso. Trata-se de figura preterdolosa, sendo que neste caso responde pelo art. 1º, § 3º, *in fine*, da Lei n. 9.455/97.

Caso 3 O indivíduo quer praticar a tortura. Inicia sua conduta e durante esta sente a vontade de matar a vítima, deferindo-lhe ao final dos atos cruéis tiros que a matam. Neste caso há concurso material de dois crimes: homicídio qualificado (eventual motivo torpe ou recurso que dificulte ou

torne impossível a defesa da vítima – art. 121, § 2º, I e IV, CP) e crime de tortura simples (art. 1º da Lei n. 9.455/97).

IV – À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido

Trata-se de meios para a prática do homicídio que revelam a covardia do autor, o qual se utiliza de expedientes que possibilitam a prática do crime com maior segurança, por intermédio da boa-fé ou desprevenção da vítima. Analisemos caso a caso:

a) *À traição* – a característica será a existência de uma relação de confiança entre vítima e autor, a qual será quebrada pelo segundo. São exemplos doutrinários e jurisprudenciais: marido que mata a mulher durante relação sexual; tiro pelas costas; indivíduo que atrai o amigo para local onde existe um poço e, pedindo que olhe o que há ali dentro, o empurra.

b) *Emboscada* – configura-se com a tocaia, onde o agente permanece escondido à espera da vítima.

c) *Dissimulação* – significa "encobrimento dos próprios desígnios, disfarce, refolho, fingimento". Damásio afirma que a dissimulação pode ser material ou moral (JESUS, 2005, p. 69-70). Exemplo da primeira seria o fato de o agente disfarçar-se para matar a vítima; quanto à segunda seria o caso do fingimento de amizade ou carinho pela vítima para matá-la.

d) *A fórmula genérica* – "qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido". São exemplos: armadilhas ocultas; o ataque de surpresa sempre que se verifique que ele comprometeu a possibilidade de defesa da vítima. Note-se, porém, que a superioridade de armas por si só não constitui a qualificadora, bem como não a constitui a diferença física entre autor e vítima. Ademais, a impossibilidade de defesa deve derivar do meio de execução do homicídio, e não de condições pessoais da vítima. Nestes casos eventualmente poderá configurar-se causa de aumento de pena ou agravante genérica (*v.g.* matar um idoso ou enfermo – art. 61, II, *h*, CP; matar uma criança – art. 121, § 4º, *in fine*, CP).

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

Ocorre sempre em conexão do homicídio com outro crime, havendo uma ligação de motivação entre eles. São previstas três figuras:

a) *Assegurar a execução de outro crime* – ocorre quando o agente, para praticar o crime que tem em mente, vem a matar alguém que lhe era obstáculo. Ex.: o

sequestrador que mata os seguranças da vítima de extorsão mediante sequestro para poder consumar seu intento.

b) *Ocultação ou impunidade de outro crime* – na ocultação se tem por objeto o crime, o fato criminoso. O crime não é conhecido e o agente procura esconder sua ocorrência. Já na impunidade, a ocorrência do crime é conhecida, pretendendo o agente esconder apenas a autoria.

c) *Assegurar a vantagem de outro crime* – a vantagem será o proveito a ser obtido pelo agente com o crime. Neste tópico a doutrina entende poder ser alguma vantagem patrimonial ou de qualquer outra natureza.

Deve-se ter cuidado neste tópico com o caso do autor que mata alguém para roubar, porque se configura então o crime de "latrocínio" (art. 157, § 3º, *in fine*, CP), e não o homicídio qualificado.

Mesmo quando extinta a punibilidade do outro crime por qualquer motivo, persiste a qualificadora. Observe-se ainda que para a configuração da qualificadora não se exige decisão final (trânsito em julgado) ou mesmo condenação com relação ao outro crime. Também não é necessário para configurar a qualificadora sob comento que o agente consiga ocultar, assegurar a vantagem, impunidade ou execução do outro crime, bastando a comprovação de sua intenção. Assim também não é necessário que o outro crime venha a ser cometido pelo mesmo agente, podendo sê-lo por terceiro (ex.: o sujeito que mata alguém para evitar que reconheça um amigo seu como autor de um furto).

Questão a ser posta neste ponto é aquela que versa sobre o caso do agente que pratica o homicídio para, por exemplo, assegurar a prática de uma "contravenção penal". Haveria a qualificadora em apreço? A resposta é negativa, pois a norma sob comento menciona "crime", e não "contravenção" (Princípio da Legalidade). Não obstante, o homicídio continua qualificado nos termos do art. 121, § 2º, I (motivo torpe).

Outro questionamento posto pela doutrina diz respeito ao fato de que o outro crime seja impossível ou putativo.

Damásio apresenta duas soluções, conforme o caso (JESUS, 2005, p. 71):

- *Crime impossível:* indivíduo que é visto apunhalando um morto e mata a testemunha. Segundo o autor, responderia pela qualificadora do art. 121, § 2º, V, CP, por referir-se à mesma motivação subjetiva do homicídio.
- *Crime putativo:* o indivíduo que pratica incesto e pensa tratar-se de figura criminosa, matando a testemunha que o flagrou. O autor diz que neste caso, tratando-se o primeiro suposto crime de fato na verdade atípico,

deveria responder por homicídio qualificado, mas por motivo torpe (art. 121, § 2º, I, CP).

Na realidade a melhor solução para ambos os casos seria a qualificadora do motivo torpe (art. 121, § 2º, I, CP), pois em nenhum deles configura-se perfeitamente o "outro crime" de que trata o inciso V.

Pode acontecer ainda que um autor esteja, por exemplo, furtando uma casa e, constatando que o dono da casa é seu inimigo capital, resolve matá-lo por vingança. Não será o caso de latrocínio (art. 157, § 3º, CP), pois que a morte não é meio para a subtração. Existe concurso material entre furto (art. 155, CP) e homicídio possivelmente qualificado pelo motivo torpe (vingança – art. 121, § 2º, I, CP). Também não é o caso do inciso V do art. 121, § 2º, CP, porque a morte não teve por móvel a execução, ocultação, impunidade ou garantia da vantagem de outro crime, no caso, o furto, mas sim a vingança pura e simples contra a vítima. Esse é o caso identificado na doutrina como "conexão ocasional".

Algumas observações importantes sobre o homicídio doloso

A questão da premeditação

A premeditação não é prevista como circunstância qualificadora no homicídio, podendo apenas ser levada em conta na determinação do *quantum* da pena pelo juiz, nos termos do art. 59, CP.

O legislador pátrio optou bem neste aspecto, pois nem sempre a premeditação (o pensar antes) configura um motivo para maior reprovabilidade da conduta. Na verdade, o legislador brasileiro foi sábio ao elencar casuisticamente os casos de premeditação reprovável, sem torná-la genericamente uma qualificadora (*v.g.* emboscada, à traição, venefício, conexão do homicídio com outros crimes etc.).

Parricídio

No Direito Antigo era tido como crime capital a ser punido com rigor exemplar. Hoje, o homicídio do próprio pai, da própria mãe, entre irmãos, parentes em geral ou cônjuges, pode configurar no máximo uma agravante genérica (ver art. 61, II, CP), e não homicídio qualificado por esse motivo.

Genocídio

Se o crime é perpetrado com a intenção de destruir no todo ou em parte grupo nacional, étnico, racial ou religioso, ocorre o crime de genocídio previsto

no art. 1º da Lei n. 2.889/56. O crime de genocídio também é considerado crime hediondo (Lei n. 8.072/90). A diferença básica é que no crime de genocídio a ação é voltada para uma coletividade, e não para um indivíduo somente, ainda que o atingido seja apenas um indivíduo. Note-se ainda que as condutas do crime de genocídio não se resumem a matar, mas abrangem uma série de outras atuações criminosas (*v.g.* esterilização, retiradas forçadas de pessoas de um grupo, lesões incapacitantes, submissão a condições precárias de existência etc.).

Ocorrência de duas ou mais qualificadoras

Suponha-se que num caso concreto o indivíduo incida em duas ou mais qualificadoras. Por exemplo, mata por um motivo fútil e com emprego de fogo (art. 121, § 2º, II e III, CP). Apenas uma das qualificadoras basta para a aplicação da pena majorada (reclusão, de 12 a 30 anos). Havendo mais de uma qualificadora, entrará no cálculo da pena entre as balizas mínima e máxima pelo julgador nos termos do art. 59, CP (circunstância judicial). Há posição no sentido de que uma das qualificadoras seria aplicada como agravante genérica, mas essa não é a melhor solução. Tenha-se em consideração que a jurisprudência do STJ tem assim se manifestado a respeito do tema (RHC 7176/MS, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19-3-1998, *DJU* 6-4-1998, p. 163).

Vítima mulher grávida

Duas situações devem ser abordadas:

a) *O agente sabe que a mulher está grávida* – responde por homicídio em concurso com aborto (art. 121 c/c 125, CP). Existe discussão jurisprudencial apenas sobre tratar-se de concurso formal próprio ou impróprio (art. 70, CP).

b) *O agente não sabe que a mulher está grávida* – responde apenas pelo homicídio, pois o aborto está fora de sua consciência. Inclusive afasta-se a agravante genérica do art. 61, II, *h*, CP.

Homicídio contra menores e idosos

O art. 263 do ECA (Lei n. 8.069/90) acrescentou ao § 4º do art. 121 uma causa de aumento de pena da ordem de um terço quando o homicídio é praticado contra pessoa menor de 14 anos. Posteriormente o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) incluiu nessa especial proteção os idosos (maiores de 60 anos).

Em alguns casos pode ocorrer conflito aparente de normas entre a causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 e a agravante genérica dos crimes cometidos contra “criança” ou “maior de 60 anos”, nos termos do art. 61, II, *h*. A

questão não tem sido objeto de maior desenvolvimento na doutrina e jurisprudência, mas deve prevalecer a causa de aumento de pena, tendo em vista o Princípio da Especialidade.

Homicídio culposo

O Código Penal prevê em seu art. 121, § 3º, o homicídio culposo, ou seja, aquele em que a morte causada pelo agente advém de conduta informada por imprudência, negligência ou imperícia. A pena prevista é consideravelmente reduzida (detenção, de 1 a 3 anos).

Com o advento do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), quando o homicídio culposo se dá estando o infrator na direção de veículo automotor, configura-se não mais infração ao art. 121, § 3º, CP, mas ao art. 302, CTB, cuja pena é consideravelmente maior (detenção, de 2 a 4 anos). Tenha-se em mente, porém, que, se o homicídio for doloso, mesmo que seja realizado utilizando um veículo automotor (ex.: indivíduo que atropela e mata dolosamente alguém), continuam valendo as disposições do Código Penal (art. 121).

Portanto, hoje, em se tratando de homicídio culposo é preciso fazer a distinção entre o crime do Código Penal e o do Código de Trânsito. Esta não é dificultosa, bastando saber que a aplicação do Código de Trânsito resume-se aos casos de acidentes ocorridos no trânsito viário nos quais o autor do crime esteja na direção de veículo automotor. O Código Penal terá uma aplicação residual a todos os demais casos.

Tanto o Código Penal (art. 121, § 4º, parte inicial) como o Código de Trânsito (art. 302, parágrafo único) preveem causas de aumento de pena para os respectivos homicídios culposos. É preciso estar atento para que cada grupo de causas de aumento de pena tem sua aplicação delimitada ao diploma legal aplicável ao caso, ou seja, as causas de aumento de pena previstas no CP somente são aplicáveis aos casos de seu art. 121, § 3º, enquanto que as causas de aumento previstas no CTB somente são aplicáveis aos casos de tipificação do art. 302, CTB.

No Código Penal as causas de aumento de pena previstas para o homicídio culposo são as seguintes:

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

Um exemplo seria aquele do médico que não esteriliza os seus instrumentos, realizando cirurgia que resulta em infecção generalizada e morte do paciente.

À primeira vista pode parecer que esta figura seria o mesmo que a imperícia em

geral como configuradora da culpa. No entanto, diferencia-se no seguinte detalhe: enquanto na imperícia o agente ignora a regra técnica e por isso age erroneamente, no caso do art. 121, § 4º, CP, o agente tem conhecimento da regra, mas, mesmo assim, não a observa. Frise-se, porém, entendimento divergente de Guilherme de Souza Nucci, para quem essa diferenciação seria problemática e deveria ser abolida a causa de aumento de pena, pois embora prevista no Código Penal, na verdade não teria aplicação prática, tendo em vista ser inviável sua distinção da modalidade de culpa consistente na imperícia (NUCCI, 2003, p. 151).

b) Deixar de prestar imediato socorro à vítima ou não procurar diminuir as consequências de seus atos.

Neste caso deve-se lembrar que o agente não responderá em concurso pelo crime de omissão de socorro (art. 135, CP), porque isso constituiria *bis in idem*.

Se a vítima for socorrida por terceiros, tiver morte instantânea, sofrer ferimentos leves que não demandem socorro imediato ou o autor do crime culposo não puder por motivo alheio à sua vontade prestar socorro (*v.g.* risco de sua integridade física por populares; impossibilidade física da prestação do socorro etc.), não se configurando abandono pelo agente, este não incide na figura. Também se afasta a figura quando o autor do crime culposo não presta diretamente o socorro, mas aciona quem de direito (*v.g.* polícia, bombeiros, ambulância etc.).

c) Fugir para evitar a prisão em flagrante.

Visa o dispositivo desestimular a fuga do agente que pode dificultar a posterior apuração da autoria.

No art. 302, parágrafo único, CTB, aplicável aos homicídios culposos na direção de veículo automotor, existem cinco figuras prevendo aumento de pena entre um terço e a metade:

a) Não possuir permissão para dirigir ou Carteira de Habilitação.

b) Praticar o crime na faixa de pedestres ou na calçada.

c) Deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente.

Acaso o indivíduo cometa homicídio culposo no trânsito e não socorra a vítima, responderá pelo crime de homicídio culposo (art. 302, CTB) com o aumento de pena, mas não responderá pelo crime autônomo de omissão de socorro também previsto especificamente para os casos de crimes de trânsito no art. 304, CTB. Igualmente ao que ocorre no CP, estaria configurado o *bis in idem*.

Não obstante a redação do parágrafo único do art. 304, CTB, as mesmas limitações para aplicação do aumento de pena por omissão de socorro, vistas quando se tratou do homicídio culposo do Código Penal, têm plena aplicabilidade. A dicção do parágrafo único do art. 304, CTB, constitui-se em verdadeira aberração jurídica, dificilmente aplicável na prática, tendo em vista infração a princípios básicos do Direito Penal Moderno, tais como o Direito Penal do Dano, Tutela de bens jurídicos, lesividade das condutas etc.

d) No exercício de profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

Perdão judicial

O § 5º do art. 121, CP, prevê hipóteses de perdão judicial. Para tanto, as consequências do crime têm que atingir realmente de forma muito grave o próprio agente para possibilitar o perdão e não aplicação de pena. Ocorrerá tal caso sempre que a pena pareça diminuta em face da punição que o próprio fato, com suas consequências, impôs ao sujeito. São exemplos: perder o próprio filho, agente que fica paralítico etc.

Uma indagação surgiu com o advento do CTB, qual seja, o perdão judicial do art. 121, § 5º, CP, pode ser aplicado em casos de infração ao art. 302, CTB?

A doutrina inicialmente manifestou-se dividida sobre o tema, havendo posicionamentos pró e contra. Os contrários argumentavam que o art. 300, CTB, que previa o perdão judicial, foi vetado e que o art. 291, CTB, manda aplicarem-se subsidiariamente somente as normas gerais (Parte Geral) do Código Penal. Estando o Perdão Judicial tratado na Parte Especial do Código Penal, seria inaplicável. Por seu turno, aqueles que defendiam a possibilidade de aplicação firmavam-se nas razões do veto do art. 300, CTB, que efetivamente fazem menção ao Perdão Judicial do Código Penal e dizem que este seria aplicável, somente não mantendo o art. 300, CTB, para evitar redundância legal e devido à opção pela redação mais técnica e abrangente do art. 121, § 5º, CP. Quanto à questão das normas gerais ditas no art. 291, CTB, entende-se que não são estritamente as da Parte Geral do Código Penal, mas todas as normas de aplicação geral, independentemente de sua topografia no diploma legal em destaque. Ora, o Código Penal tem normas de caráter geral tanto em sua Parte Geral como em sua Parte Especial (por exemplo o conceito de funcionário público). O Perdão Judicial previsto no art. 121, § 5º, CP, seria outro exemplo de norma geral alojada na Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Enfim, a polêmica sobre o tema foi-se assentando com o passar do tempo e atualmente

predomina francamente o entendimento de que é plenamente cabível a aplicação do Perdão Judicial previsto no Código Penal aos crimes de trânsito.

Ação penal e competência

A ação penal no crime de homicídio (doloso ou culposo) é pública incondicionada. Quanto à competência para instrução e julgamento, varia de acordo com o elemento subjetivo. Para o homicídio doloso a competência é do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, *d*, CF). Para o homicídio culposo, a competência é do juízo comum monocrático.

Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio (art. 122, CP)

Suicídio

O ato suicida não é previsto como crime por razões de política criminal, de forma que a pessoa que tenta suicidar-se não comete infração penal. O tipo penal descrito no art. 122, CP, visa a punição daquele terceiro que induz, instiga ou auxilia outrem ao suicídio, num quadro em que o suicida figura na qualidade de vítima.

Observe-se, porém, que, embora seja impune aquele que tenta matar-se, a vida continua sendo bem indisponível, tanto que a lei não considera ilegal a coação praticada para impedir o suicídio (ver art. 146, § 3º, II, CP).

Objetividade jurídica

O bem jurídico tutelado é a vida humana.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa, tratando-se de crime comum.

Sujeito passivo

Qualquer pessoa que tenha capacidade de resistência à prática do suicídio. Como já visto, se essa capacidade é nula ou inexistente, não ocorre o crime do art. 122, CP, mas sim homicídio.

Para a configuração do crime do art. 122, CP, é necessário, porém, que a(s) vítima(s) seja(m) determinada(s). Vejamos exemplos:

a) Um indivíduo convence uma ou mais pessoas determinadas a suicidarem-se

porque o fim do mundo está próximo – configura-se o crime do art. 122, CP.

b) O mesmo indivíduo escreve um livro sobre o assunto para venda em geral – fato atípico.

Tipo objetivo

O tipo penal prevê três condutas (crime de ação múltipla, de conteúdo variado ou tipo misto alternativo), a saber: induzir, instigar e prestar auxílio. As duas primeiras (induzimento e instigação) são chamadas de "participação ou concurso moral", enquanto o auxílio é chamado de "participação ou concurso físico ou material".

As condutas do induzimento e da instigação diferem. No induzimento o agente cria a ideia do suicídio que não existia na vítima. Já na instigação o agente apenas incentiva uma ideia anterior de matar-se, oriunda da própria vítima. Em ambos os casos a atuação do agente é meramente psicológica, de convencimento. Agora, no auxílio, existe uma participação material do autor. Por exemplo, fornecendo uma arma, fornecendo veneno, ministrando instruções sobre meios de suicidar-se, montando um aparato para o suicídio, iludindo um vigia que impediria o suicídio para que a vítima possa dar cabo da própria vida, dificultando o socorro imediato do suicida etc. Não obstante, é importante notar que essa intervenção física do agente não pode extrapolar o mero auxílio e acabar adentrando em atos de execução da morte, senão ocorrerá homicídio. Por exemplo, o indivíduo chuta a cadeira para que a vítima seja enforcada.

A doutrina e a jurisprudência vêm considerando que os simples maus-tratos infligidos à vítima não configuram o tipo penal em discussão, a não ser em casos extremos, comprovado o dolo do agente.

A prática do crime por omissão tem sido objeto de polêmica:

Em primeiro lugar, tratando-se de suposto crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, há que analisar a relevância dessa omissão, ou seja, somente se configuraria eventual figura típica nos casos em que o agente tivesse o "dever jurídico" de atuar para impedir o suicídio, nos estritos termos do art. 13, § 2º, *a*, *b* e *c*, CP.

A questão se divide doutrinariamente com mais destaque quando se trata da questão da possibilidade do "auxílio" por omissão:

São da opinião da possibilidade Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha e Mirabete. Em sentido contrário posicionam-se Frederico Marques, Damásio E. de Jesus, Bento de Faria, Heleno Fragoso e Euclides Custódio da

Silveira.

A orientação que melhor se afigura no caso é aquela que admite a possibilidade inclusive da prática do “auxílio” por omissão. Veja-se elucidativo exemplo de Altavilla:

> Em um hospital é internado um doente que sofre atrozmente e manifesta propósitos suicidas. O enfermeiro, violando a norma do regulamento que manda recolher as armas de toda pessoa internada, deixa-lhe o revólver, para que ele (o doente) possa realizar seu desígnio. Essa omissão não configura induzimento ou instigação, mas auxílio ao suicídio (apud MIRABETE, 2011, p. 85).

Necessidade de resultado

O crime do art. 122, CP, só ocorre se houver um dos resultados preconizados (morte ou lesão corporal de natureza grave), sendo as penas previstas respectivamente de reclusão de 2 a 6 anos e de 1 a 3 anos. Portanto, não existe tentativa, ou ocorre um dos resultados ou o fato é atípico. Ressalve-se entendimento diferenciado de Cezar Roberto Bitencourt, para quem haveria a tentativa do crime do art. 122, CP, quando resultassem lesões graves, a qual o autor denomina de “tentativa qualificada”. Por outro lado, mesmo esse autor afirma que não haveria possibilidade do reconhecimento da tentativa branca ou mesmo da figura da tentativa quando a vítima sofresse lesões corporais leves (BITENCOURT, 2008, p. 108-112).

Existe discussão doutrinária quanto à natureza jurídica desses resultados:

Há doutrinadores que afirmam que os resultados exigidos seriam “condição objetiva de punibilidade” (*v.g.* Nelson Hungria, Manzini, Soler, Carrara) e outros que dizem serem os resultados “elemento do tipo” (Magalhães Noronha, Mirabete, Frederico Marques, Damásio E. de Jesus, Costa e Silva, Heleno Fragoso, Euclides Custódio da Silveira, Piromallo, Pannain, Altavilla, Gimenes de Ásua, Maggiore e Alimena). Predomina, como visto, o entendimento que considera os resultados (morte ou lesão grave) como “elementos do tipo”.

É importante ressaltar a diferença entre essas figuras. Enquanto as “condições objetivas de punibilidade” não integram o dolo e estão fora do crime como descrição típica (ex.: art. 1º, CP, e art. 7º, § 2º, CP), os “elementos do tipo” constituem sua descrição e devem estar abrangidos pelo dolo do agente, como ocorre com aquele que, por exemplo, instiga alguém ao suicídio, pretendendo, logicamente, a morte ou, no mínimo, lesões graves.

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de induzir, instigar ou auxiliar a vítima ao suicídio. Alguns doutrinadores falam em dolo específico, considerando este a finalidade de obter a morte da vítima (*v.g.* Magalhães Noronha e Manzini). Outros consideram o dolo genérico porque sempre está presente no ato de indução ao suicídio o desejo da morte da vítima (Mirabete e Damásio). O segundo entendimento parece ser o mais consentâneo com o bom-senso, pois é mesmo impensável que alguém instigue outrem ao suicídio sem a intenção inerente a essa conduta de que a vítima morra.

Não existe modalidade culposa. Se, culposamente, se participa de um suicídio, pode haver responsabilização por homicídio culposo, mas jamais por infração ao art. 122, CP. No entanto, há autores (*v.g.* João Mestieri e Mirabete) que consideram impossível a responsabilização por homicídio culposo, sendo simplesmente fato atípico.

Mais uma vez deverá ser analisado caso a caso pelo seguinte critério:

a) Se houve realmente eliminação voluntária da vida pela pessoa, possibilitada pela conduta culposa, trata-se de fato atípico, pois inexiste participação culposa em suicídio. Por exemplo, se o pai negligente deixa a arma ao alcance do filho, sendo este filho de idade mais avançada (*v.g.* 20 anos), tendo plena consciência de seus atos. Se pega a arma e se mata, trata-se realmente de fato atípico.

b) Se a conduta culposa inicial leva a um acontecimento acidental que causa a morte, tem-se um caso de homicídio culposo. Por exemplo, o mesmo pai desidioso que deixa uma arma ao alcance do filho menor, o qual é de pouca idade (*v.g.* 3 anos) e, acidentalmente, se fere e morre. Não houve propriamente um suicídio para que se pudesse falar em “participação culposa atípica”. Houve mesmo um homicídio culposo informado pela negligência.

Aumento de pena

Nos casos do art. 122, parágrafo único, I e II, CP, a pena é duplicada. São dois casos: a) motivo egoístico; b) vítima menor ou que tem “diminuída” por qualquer causa sua capacidade de resistência.

No motivo egoístico há a revelação do desprezo do agente pela vida alheia, sobrepondo interesses pessoais. São exemplos: desejo de receber herança, desejo de receber seguro de vida, eliminação de rival em caso amoroso, competição em negócios, vingança, ódio, maldade etc. Note-se que o motivo egoístico, para sua

caracterização, não pressupõe somente interesses materiais.

No segundo caso, o que vai ser aferido é a capacidade "psíquica" de resistência da vítima ao convencimento da prática do suicídio. A rigor, quando a lei fala em "menor" significariam os menores de 18 anos (art. 27, CP). Existem, porém, posições doutrinárias (*v.g.* Damásio E. de Jesus e Magalhães Noronha) afirmando que seriam os menores entre 14 e 18 anos, pois que, numa interpretação sistemática do Código Penal, os que estivessem abaixo dos 14 anos não apresentariam *nenhuma* capacidade de resistência a influências externas, de modo que seriam então vítimas de homicídio. Atualmente vem despontando um terceiro entendimento, especialmente na jurisprudência, apontando para a necessidade de verificação no caso concreto, independentemente da idade da vítima, se esta tinha plena resistência ou não, sendo a menoridade apenas um indicativo não conclusivo. Entretanto, tem predominado ainda neste caso o posicionamento que interpreta a palavra "menor" ora enfocada como sendo aqueles entre 14 e 18 anos.

Afora os menores, o inciso II do dispositivo ora enfocado abre fórmula genérica para abarcar outras pessoas, embora maiores, que tenham sua capacidade de resistência psíquica *diminuída*. Estariam abarcados então os alienados, débeis mentais, embriagados, drogados, enfermos etc., os quais tenham *diminuída* sua capacidade de resistência. Não se pode esquecer que se tais pessoas não têm qualquer capacidade de resistência ao invés de sofrerem de somente uma *diminuição* dessa capacidade, ocorrerá crime de homicídio, e não de simples instigação ao suicídio.

Ação penal e competência

O crime previsto no art. 122, CP, é de ação penal pública incondicionada, sendo a competência para o seu processo e julgamento do Tribunal do Júri por tratar-se de crime doloso contra a vida.

Infanticídio (art. 123, CP)

Conceito

Magalhães Noronha conceitua o crime sob comento de forma singela: a morte do nascente ou do neonato, pela própria mãe, sob influência do estado puerperal (NORONHA, 1990, p. 40).

Critérios para a conceituação legal do infanticídio

Existem três critérios que são utilizados pelas legislações para a conceituação legal do infanticídio, de modo a distingui-lo de um homicídio comum. São eles:

a) *Critério Psicológico* – descreve o infanticídio tendo em vista a honra, ou seja, a prática do crime se dá para o fim específico de "ocultar desonra própria". Era o modelo do Código Penal de 1890.

b) *Critério Fisiopsicológico* – neste caso não é levada em consideração a *honoris causa*, mas sim a influência do estado puerperal. Este é o critério adotado pelo Código Penal em vigor.

c) *Critério Misto* – levam-se em conta o motivo de honra e o estado puerperal. Há necessidade do concurso desses dois requisitos para que ocorra infanticídio e não homicídio; a falta de qualquer um deles desnatura o infanticídio. Este critério foi o adotado pelo Anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria em 1963.

Objetividade jurídica

Tratando-se de crime contra a vida, é a vida do neonato ou nascente.

Conceito de estado puerperal

O estado puerperal é um conjunto de fatores biológicos, físicos e psicológicos que influenciam a parturiente, podendo causar-lhe alterações psíquicas. No entanto, sua constatação e mesmo sua definição médica é conturbada.

Sujeito ativo e concurso de agentes

O infanticídio é crime próprio, só podendo ser praticado pela mãe da vítima. Questão relevante é aquela a respeito da tipificação adequada da conduta daquele que colabora na prática de um infanticídio. Deveria esse terceiro responder por homicídio ou por infanticídio em concurso de agentes?

Sobre o tema existe controvérsia doutrinária, podendo-se referir três posições:

a) Com base no disposto no art. 30, CP, afirmam alguns que responde o colaborador por infanticídio porque as condições pessoais no caso (mãe e estado puerperal) são comunicáveis. Nesta linha encontram-se, por exemplo, Magalhães Noronha, Mirabete, Damásio E. de Jesus, Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior, Roberto Lyra, Basileu Garcia, Romeu de Almeida Salles Júnior, Alberto Silva Franco etc. Esta também é a conclusão da Conferência de Desembargadores do Rio de Janeiro de 1943. Na doutrina

estrangeira, encontram-se afiliados a esse pensamento Carrara, Soler, Maggiore e Manzini, dentre outros. Como se vê, este é o entendimento predominante sobre a temática abordada.

b) Outros consideram que, embora elementares do crime, as condições pessoais do infanticídio seriam "personalíssimas", afastando, por isso, a incidência da regra do art. 30, CP, devendo o coautor ou partícipe responder por homicídio. Neste sentido manifestaram-se, por exemplo, Galdino Siqueira, Aníbal Bruno, Costa e Silva, João Mestieri, Heleno Fragoso e Nelson Hungria. Destaque-se, porém, com relação ao último mencionado que veio a alterar seu entendimento nas últimas edições de sua obra, admitindo que a interpretação pela configuração de homicídio para o colaborador não encontra sustentação no ordenamento jurídico penal brasileiro em face da clara disposição do art. 30, CP.

c) Posição mista: para alguns autores a situação seria variável; se houvesse coautoria o terceiro deveria responder por homicídio; se houvesse mera participação, deveria responder por infanticídio. Neste sentido manifestam-se Bento de Faria, Euclides Custódio da Silveira e Frederico Marques.

Sujeito passivo

É o nascente ou neonato. Valem aqui as observações feitas com relação ao homicídio. O que importa é que nasça com vida (não interessa se é viável, saudável, normal, anormal, monstruoso etc.).

Tipo objetivo

A conduta típica é "matar" e pode ser realizada por qualquer meio idôneo (Crime de Forma Livre). Pode ser praticado por ação ou omissão.

Sendo o sujeito passivo natimorto tratar-se-á de crime impossível nos estritos termos do art. 17, CP.

São elementos do crime:

a) a própria mãe mata o filho;

b) influência do estado puerperal;

c) elemento temporal: durante o parto ou logo após.

Com relação a esse elemento temporal há certa controvérsia sobre o prazo durante o qual se configura infanticídio e não homicídio. O Código Penal de 1890 estabelecia um prazo máximo de 7 dias após o parto para se considerar a mãe sob influência do estado puerperal. Os autores divergem; alguns apontam

esse prazo do direito antecedente; outros assinalam 8 dias. Na verdade, como a lei não fixa prazo, ficará ao prudente arbítrio do juiz a análise do caso concreto.

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo do infanticídio é o dolo, não havendo previsão de forma culposa. Atualmente o dolo exigido para a configuração do tipo penal é o dolo genérico. Inobstante a falta de previsão legal, pode ocorrer que a mãe, sob influência do estado puerperal, provoque a morte do próprio filho recém-nascido por conduta culposa. Neste caso, ante a inexistência de previsão do tipo culposo, como seria solucionada a questão?

Sobre o tema a doutrina se divide:

- A maioria dos estudiosos diz que se pode responsabilizar a mãe nesses casos por homicídio culposo, porque embora sob influência do estado puerperal, ela não deixa de ter responsabilidade penal. Neste sentido: Mirabete, Magalhães Noronha, João Mestieri, Anibal Bruno.
- Outros autores, em minoria, afirmam que se trata de fato atípico, não respondendo a genitora por crime algum. Neste sentido: Damásio E. de Jesus e Paulo José da Costa Júnior.

Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a morte do nascente ou neonato. É possível a tentativa.

Algumas questões complementares

a) *Distinção entre o infanticídio e o aborto* – diferem porque o aborto só pode ocorrer antes do início do parto. Após este marco, ocorre homicídio ou infanticídio, conforme o caso.

b) *Distinção entre infanticídio e exposição ou abandono de recém-nascido nos casos em que ocorra morte da vítima.*

Se a mãe simplesmente expõe ou abandona recém-nascido, para ocultar desonra própria, esteja ela ou não sob o efeito do estado puerperal, não resultando a morte nem sendo esta por ela almejada, comete apenas o crime de Exposição ou Abandono de Recém-nascido (art. 134, CP). Ocorre que algumas vezes o recém-nascido abandonado morre ou sofre lesões graves. Se a mãe não pretendia tais resultados e somente queria abandonar o filho para ocultar desonra própria, o crime é o mesmo, mas desta feita qualificado (*vide* art. 134, §§ 1º e 2º, CP).

No entanto, pode haver casos em que a exposição ou abandono sejam *meios* para a morte, configurando-se infanticídio ou homicídio. Vejamos três exemplos:

1º caso A mãe abandona o recém-nascido sob efeito ou não do estado puerperal, para ocultar desonra própria, e lhe sobrevém a morte. Trata-se de infração ao art. 134, § 2º, CP (figura preterdolosa).

2º caso A mãe, sob o efeito do estado puerperal, abandona o filho em local deserto, objetivando que ele morra de frio e fome. A morte advém de dolo e então o crime é de infanticídio.

3º caso A mãe, não sofrendo efeito do estado puerperal, abandona o filho em local ermo para que morra de frio e fome. Com a morte da criança, retirado o requisito do estado puerperal, ter-se-á um crime de homicídio.

c) *Agravantes genéricas* – as agravantes genéricas previstas no art. 61, II, *e* (crime cometido contra descendente) e *h* (crime cometido contra criança), não são aplicáveis ao infanticídio, pois já fazem parte da descrição típica do crime (art. 61, *caput*, CP).

d) Qual a solução se a mãe, sob a influência do estado puerperal, mata outra criança, supondo tratar-se do próprio filho?

Neste caso deve responder por infanticídio, tendo em vista o erro sobre a pessoa (art. 20, § 3º, CP).

Outra questão interessante é o exemplo de Impallomeni mencionado por Noronha:

> Ocorrendo um aborto espontâneo e sendo o feto inviável expulso morto após sua expulsão, ocorre crime?
>
> A resposta é negativa. Não se trata de aborto porque o abortamento foi espontâneo e porque o feto foi morto fora do útero. Por outro lado também não é infanticídio porque o "feto abortado" não é sujeito passivo do crime do art. 123, CP (NORONHA, 1990, p. 47).

Observe-se que o exemplo do autor italiano refere-se a "aborto espontâneo", não a "parto prematuro" ou "parto acelerado". Nesses casos pode haver homicídio ou infanticídio, conforme a situação concreta a ser analisada.

Pena e ação penal

A pena prevista é de detenção de 2 a 6 anos. A ação penal é pública incondicionada e de competência do Tribunal do Júri (Crime doloso contra a vida – art. 5º, XXXVIII, *d*, CF).

Aborto (arts. 124 a 128, CP)

Conceito

Etimologicamente a palavra “aborto” deriva de *ab* + *ortus*, que tem o significado de “privação do nascimento”. Alguns autores destacam que a palavra “aborto” não seria a mais correta para designar a conduta de praticar a destruição do produto da concepção, preferindo a palavra “abortamento”, pois que o “aborto” se referiria somente ao produto da interrupção da gravidez (MESTIERI, 1970, p. 166-167).

Dentre os diversos conceitos do crime de aborto encontráveis na doutrina, prefere-se aquele esposado por Paulo José da Costa Júnior, que afirma ser o aborto “a interrupção *voluntária* da gravidez, com a morte do produto da concepção” (COSTA JÚNIOR, 2010, p. 265). O autor, ao referir-se ao “produto da concepção” de forma genérica (ovo, embrião ou feto) e ao frisar a necessária voluntariedade da conduta, empresta ao termo um sentido mais exato no que diz respeito à conceituação jurídico-criminal. Certos autores reduzem o objeto da ação a um dos produtos da concepção (*v.g.* João Mestieri, que faz menção ao “ovo”). Outros olvidam o fato de que o crime de aborto somente se configura por ação dolosa, voluntária, dirigida para o fim específico do abortamento (*v.g.* Mirabete, Damásio, Aníbal Bruno).

Observe-se que o aborto pode ser de variadas espécies:

a) *Aborto espontâneo ou natural* – quando ocorre por problemas de saúde da gestante.

b) *Aborto acidental* – quando ocorre devido a algum acidente, por exemplo, uma queda da gestante, forte abalo emocional etc.

c) *Aborto provocado* – quando o aborto é provocado pela própria gestante ou por terceiro intencionalmente.

Chamando a atenção para o conceito exposto por Paulo José da Costa Júnior, é interessante notar que o Aborto Espontâneo ou Natural não tem relevância jurídico-criminal, de modo que seu interesse se restringe ao campo médico. Quanto ao Aborto Acidental, não tem qualquer relevância no que tange à caracterização do crime de aborto. Eventualmente pode apresentar algum interesse na seara criminal para configuração do crime de lesão corporal culposa. Somente o Aborto Provocado (voluntário, intencionalmente perpetrado) apresenta relevância quanto ao crime de aborto.

Objetividade jurídica

O crime de aborto apresenta dupla objetividade jurídica. Em primeiro plano protege a vida intrauterina e em segundo plano a integridade física e a vida da gestante.

Sujeito ativo

Considerando a existência de três figuras criminosas de aborto (arts. 124, 125 e 126, CP), deve-se ter em conta que o sujeito ativo variará de acordo com o tipo penal enfocado. No caso específico do art. 124, CP, trata-se de crime próprio que só pode ser praticado pela gestante. Quanto aos crimes previstos nos arts. 125 e 126, CP, qualquer pessoa pode cometê-los, pois que se trata de crimes comuns.

Sujeito passivo

A doutrina diverge quanto à qualidade do sujeito passivo do crime de aborto. Alguns defendem a tese de que o produto da concepção não pode ser sujeito passivo de crime, mas mero objeto, de modo que apenas o Estado e, no caso do aborto provocado por terceiro, a gestante, seriam vítimas (*v.g.* Mirabete e Paulo José da Costa Júnior). Em outra banda encontram-se aqueles que, em posição predominante, afirmam que o produto da concepção é sujeito passivo, sendo que no aborto provocado por terceiro haveria dupla subjetividade passiva: o produto da concepção e a gestante (*v.g.* Celso Delmanto, Romeu de Almeida Salles Júnior, Damásio Evangelista de Jesus etc.).

Tipo subjetivo

O crime de aborto é doloso, não havendo previsão de figura culposa. Acaso a mulher, culposamente, provoque aborto em si mesma, o fato será simplesmente atípico, pois, conforme já afirmado, inexiste aborto culposo. Agora, se terceiro, culposamente, causa aborto numa gestante, pode haver responsabilização pelo crime de lesões corporais culposas (art. 129, § 6º, CP). Acaso um terceiro, agindo culposamente, ocasionar o aborto numa gestante e dele resultar sua morte, responderá também criminalmente, mas por crime de homicídio culposo (art. 121, § 3º, CP).

Questão tormentosa é aquela que aventa a possibilidade de tentativa de suicídio por parte de uma gestante. Poderia ela responder por tentativa de aborto ou, se aborta, por crime de aborto consumado? A orientação da doutrina tem sido no sentido de que não é punível como tentativa de aborto o ato da mulher grávida que tenta suicidar-se, isso por razões de política criminal semelhantes

àquelas por que não se prevê um tipo penal para a tentativa de suicídio (MIRABETE, 2011, p. 96; COSTA JÚNIOR, 1999, p. 266).

Acaso a vontade do agente dirija-se não à eliminação do produto da concepção, mas sim à antecipação do parto, não existirá crime de aborto por ausência do elemento subjetivo.

Tipo objetivo

O objeto material do crime de aborto é o produto da concepção (ovo, embrião ou feto).

Tem-se discutido bastante quanto ao marco inicial da vida intrauterina tutelável pelo crime de aborto. Na doutrina há diversas indicações, entre as quais: fecundação (Nelson Hungria); constituição do ovo (Damásio E. de Jesus) e implantação do ovo no útero materno ou nidação (Heleno Fragoso). A terceira colocação parece ser a mais coerente e tem predominado no entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Outro aspecto relevante é a chamada gravidez extrauterina ou molar, também conhecida como gravidez “ectópica”, ou seja, aquela gravidez desenvolvida em locais estranhos ao útero. Nesses casos não se trata de crime de aborto, pois a interrupção desses processos é terapêutica, não se tratando de gravidez normal, mas de anomalias com perigo para a saúde da mulher e sem qualquer possibilidade de desenvolvimento.

O aborto é crime de forma livre, de modo que qualquer ato idôneo à provocação do aborto pode ser utilizado (meios físicos, químicos, psicológicos, orgânicos etc.). Se por acaso o meio empregado não for idôneo, como, por exemplo, um chá sem efeito abortivo ou rezas, despachos etc., tratar-se-á de crime impossível (art. 17, CP). Também semelhante caso de crime impossível será aquele em que sejam efetuadas manobras abortivas em uma mulher que na verdade não está grávida, havendo engano ou sendo o caso da chamada gravidez imaginária, gravidez fantasma ou pseudociese. Outro caso similar será aquele em que sejam realizadas manobras abortivas em mulher efetivamente grávida, mas na qual o feto já estava anteriormente morto.

Um exemplo curioso que tem sido ventilado na doutrina é o seguinte:

Um indivíduo inicia manobras abortivas em mulher grávida. O feto é expulso, mas ainda vivo. Então o indivíduo o recolhe e esmaga. Neste caso ocorreu um crime de aborto consumado. A morte do feto pode dar-se dentro ou fora do útero, o que importa é que a ação visava a eliminação da vida

intrauterina.

O aborto pode ainda ser perpetrado por omissão. Por exemplo, se a enfermeira ou o médico se omitem de evitar o aborto, tendo o dever jurídico de agirem.

Lembre-se, porém, que o simples anúncio de meio abortivo não configura a prática de aborto ou tentativa de aborto, mas sim a contravenção penal prevista no art. 20, LCP.

Consumação e tentativa

Consuma-se o aborto com a interrupção da gravidez e a morte do feto, sendo desnecessária a existência de expulsão. A tentativa é possível, ensejando alguns questionamentos:

Quando uma mulher tenta o aborto, mas o feto nasce vivo e viável e vem a perecer posteriormente em consequência das manobras abortivas, o aborto transmuda-se de tentado para consumado, pois que a morte foi consequência das manobras abortivas, não havendo quebra do nexo causal. No entanto, se o feto vem a nascer vivo e viável, mesmo com as manobras abortivas, e perece depois, não em consequência destas, mas por causa independente, restará apenas a tentativa de aborto, já que neste caso o nexo causal foi desfeito. Finalmente cabe mencionar o caso em que o feto, mesmo com as manobras abortivas, nasce vivo e viável e depois de haver definitivamente sobrevivido vem a ser morto. Nesta situação ocorrerá o crime de homicídio ou infanticídio, conforme o caso.

Autoaborto ou aborto consentido (art. 124, CP)

O art. 124, CP, pode ser dividido em duas partes. A primeira parte descreve o chamado “Autoaborto” (“provocar aborto em si mesma”). Trata-se de crime próprio, só podendo ser praticado pela gestante. A segunda parte do art. 124, CP, refere-se ao chamado “Aborto Consentido”, em que a gestante é incriminada por “consentir que outrem lho provoque”. Também se trata de crime próprio, que só tem como sujeito ativo a mulher grávida. Neste caso, a gestante é apenada no art. 124, CP, segunda parte, pelo consentimento, e aquele que provoca o aborto (terceiro) responde nos termos do art. 126, CP, com pena mais grave, por provocar aborto com o consentimento da gestante.

Embora sendo crime próprio, pode ocorrer o concurso de agentes no art. 124, CP, desde que na modalidade de “participação”. Por exemplo, se um indivíduo participa do aborto, prestando auxílio que não integra a conduta típica da prática do aborto, *v.g.* induzindo a gestante ao autoaborto, fornecendo-lhe material, ou

induzindo-a a concordar que terceiro lhe provoque o aborto. Em todos estes casos tal pessoa responderá em concurso de agentes no art. 124, CP. No entanto, se pratica atos de “provocação” do aborto (ex.: auxilia nas manobras, ministra substâncias abortivas etc.), responde pelo art. 126, CP.

Seria de se questionar a hipótese em que havendo apenas participação de terceiro (ex.: induzindo a vítima ao autoaborto), com infração, portanto, ao art. 124, CP, em concurso, como ficaria o caso de resultarem lesões graves ou morte da gestante? A pergunta adquire importância em face do disposto no art. 127, CP, que prevê aumentos de pena consideráveis quando tais resultados acontecem. Ocorre que nesta situação o art. 127, CP, seria inaplicável porque consta expressamente de sua redação que só pode ser aplicado aos casos de aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126, CP). Alguns autores sugerem somente a responsabilização pelo art. 124, CP, enquanto outros ainda aduzem a possibilidade de responsabilização em concurso formal pelos crimes de homicídio culposo ou lesão corporal culposa. A nosso ver o primeiro entendimento parece ser o mais escorreito, pois que a responsabilização por crime culposo seria praticamente insustentável, configurando responsabilização criminal por conduta de outrem. No caso a gestante que se submete a práticas abortivas se autocoloca em risco, não podendo o partícipe ser responsabilizado por isso a título de homicídio ou lesão corporal culposa.

Diferente será o caso em que um partícipe convença a gestante a permitir que outrem lhe provoque o aborto. Se durante as práticas abortivas a mulher vem a morrer ou sofrer lesões graves, haverá campo para aplicação das causas de aumento de pena previstas no art. 127, CP, pois que o autor do aborto, incidente no art. 126, CP, está sujeito a estas. Com relação ao mero partícipe, a situação será a mesma acima mencionada.

Outra hipótese aventada na doutrina é a de que no autoaborto pode a gestante agir por autoria mediata, utilizando-se de um inimputável ou induzindo alguém a erro. É exemplo de Aníbal Bruno a gestante que simula um aborto espontâneo, levando o médico a provocar um aborto real de boa-fé, quando julgava eliminar os restos do suposto aborto durante procedimento de curetagem (BRUNO, 1966, p. 165-166).

Aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126, CP)

O aborto provocado por terceiro engloba os casos dos arts. 125 e 126, CP, apenas diferindo os tipos penais pela ausência ou não do consentimento da gestante. Este consentimento tem de ser válido e espontâneo. O próprio

parágrafo único do art. 126, CP, desconsidera o consentimento, aplicando o art. 125, CP, nos seguintes casos: gestante menor de 14 anos; gestante alienada ou débil mental; e consentimento viciado por fraude, violência ou grave ameaça. Ademais o consentimento deve ser ininterrupto, permanecendo do começo ao fim da conduta. Se durante o ato a gestante muda de ideia e se opõe, prosseguindo o agente mesmo assim, incide no art. 125, CP. Não obstante, se o agente supõe erradamente que existe o consentimento, responde pelo art. 126, CP, e não pelo art. 125, CP, tendo em vista operar-se no caso erro de tipo, conforme previsto no art. 20, CP.

Aborto majorado (art. 127, CP)

O art. 127, CP, contém as chamadas “formas majoradas pelo resultado”. Os resultados que aumentam a pena no crime de aborto são a lesão grave (aumento de um terço) ou a morte (pena duplicada) da gestante. Esses resultados devem decorrer de culpa, e não de dolo do agente, pois os crimes de aborto com aumento de pena pelas lesões graves ou morte da gestante são preterdolosos. Dessa forma o agente deve pretender apenas provocar o aborto, sendo fato que a morte ou lesão grave não são por ele desejadas, decorrendo de conduta culposa.

Pode ocorrer que o agente não consiga provocar o aborto pretendido, mas a gestante sofra lesões graves ou morra. A solução preconizada pela maior parte dos autores tem sido a responsabilização por “tentativa de aborto qualificado” (por todos MIRABETE, 2011, p. 98). No entanto, difere desse entendimento Fernando Capez, o qual afirma que seria o caso de reconhecimento do aborto qualificado consumado, devendo-se dar maior consideração ao bem jurídico vida ou integridade física da gestante. Ademais, o reconhecimento da “tentativa de aborto qualificado” corresponderia a permitir a ocorrência de tentativa de um crime preterdoloso, o que não seria admissível (CAPEZ, 2010, p. 122).

Quanto às lesões leves que sejam sofridas como meio normal para a consecução do aborto, serão elas absorvidas. Segundo Magalhães Noronha e Mirabete, mesmo as lesões graves podem excepcionalmente ser absorvidas, desde que comprovado que elas foram necessárias (meio) para a prática do aborto, sendo “normais” nesse tipo de intervenção, como, por exemplo, as lesões no útero (NORONHA, 1990, p. 58; MIRABETE, 2011, p. 98).

Finalmente, é importante ressaltar que os aumentos de pena previstos no art. 127, CP, somente são aplicados aos casos de aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126, CP), jamais aos casos previstos no art. 124, CP (Autoaborto e Aborto Consentido).

Aborto legal (art. 128, I e II, CP)

O Código Penal Brasileiro, ao criminalizar o aborto, não o fez de forma absoluta, prevendo em seu art. 128 casos em que ele é legalmente permitido. Esses abortos legais, no entanto, somente podem ser praticados por médico. Note-se, porém, que, embora a dicção legal aparente tratar de causas de exclusão de punibilidade, na verdade são causas de exclusão de ilicitude, ou seja, nos casos de abortos legais, não há mesmo crime, a conduta é lícita e não antijurídica.

São apenas dois os casos de abortos legais previstos pela legislação brasileira:

1º caso **Aborto necessário ou terapêutico** – ocorre quando o aborto é o único meio de salvar a vida da gestante, assemelhando-se a um caso de estado de necessidade. Nesses casos nem mesmo é preciso o consentimento da gestante, preponderando a tutela da vida da mulher em conflito com a vida do produto da concepção. Trata-se de uma situação-limite em que o legislador viu-se obrigado a optar entre dois bens jurídicos cujas respectivas preservações implicariam a destruição do outro. Assim sendo, optou corretamente pela vida da mulher.

Pode acontecer que um aborto necessário seja praticado por uma pessoa que não seja médica, uma enfermeira ou qualquer pessoa em uma situação de emergência em que não era possível recorrer a um médico. Nesse caso, embora o art. 128, CP, restrinja sua aplicação aos médicos, também não haverá crime. No entanto, tal não se daria por influência do art. 128, I, CP, senão pelo art. 24, CP, configurando-se estado de necessidade.

Não estando a vida da gestante em perigo, mas somente sua saúde, o médico não estará autorizado a praticar o aborto terapêutico, pois que o dispositivo somente menciona o aborto legal nos casos em que ele seja o único meio para “salvar a vida da gestante”.

Inexistindo crime, aquele que auxilia o médico na prática do aborto necessário também não pode ser responsabilizado pelo crime de aborto.

2º caso **Aborto sentimental, humanitário ou ético** – trata-se do aborto legal quando a gravidez resulta de estupro. A doutrina tem justificado este caso de aborto legal porque a mulher não pode ser obrigada, sob pena de violação de sua dignidade humana e saúde psíquica, a levar adiante gravidez resultante de coito violento.

Para a prática do aborto sentimental não há necessidade de ordem judicial prévia

nem que haja Inquérito Policial ou processo em andamento ou decidido, bastando que o médico tenha elementos sérios para crer na veracidade da ocorrência do estupro. Se o médico pratica o aborto crendo na ocorrência de estupro que na verdade não ocorreu, fica isento por erro de tipo (art. 20, CP).

A lei menciona somente a gravidez resultante de "estupro" (art. 213, CP). Entretanto, vinha reconhecendo a jurisprudência analogia em *bonam partem* para permitir o aborto legal em casos de gravidez resultante de "atentado violento ao pudor" (antigo art. 214, CP). No entanto, esta única exceção reconhecida agora deixa de ter importância, vez que com o advento da Lei n. 12.015/2009 passaram tanto os atos de conjunção carnal como de outros atos libidinosos diversos a constituírem o crime de estupro, revogando-se o art. 214, CP, e todas as condutas sendo agrupadas no art. 213, CP, sob o *nomen juris* unificado de "estupro". Nos demais casos de crimes contra a liberdade sexual em que resulte gravidez, não se permite a prática do aborto sentimental. Já nos casos de "estupro de vulnerável" (art. 217-A, CP), outrora casos de estupro com violência presumida (revogado art. 224, CP), pode-se aplicar normalmente a excludente, uma vez que a lei não faz distinção entre violência real ou presumida.

Nos casos de aborto sentimental, diferentemente do que acontece com o aborto necessário, acaso uma pessoa que não seja médica o provoque, haverá responsabilização criminal por aborto, não sendo possível aplicar a excludente do art. 128, II, CP e muito menos o estado de necessidade previsto no art. 24, CP.

Para os casos de aborto ético, há absoluta necessidade do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Se o médico age sem esse consentimento necessário, comete o crime.

Outras modalidades de aborto mencionadas na doutrina

Os dois casos vistos no item anterior são os *únicos* previstos na legislação brasileira como legais até o momento. A doutrina arrola outros casos de abortos, dando-lhes nomenclaturas específicas, mas deve-se frisar que nenhum deles é expressamente previsto na lei penal como caso de aborto legal. Vejamos os principais:

a) Aborto eugênico ou eugenésico

Seria aquele aborto praticado devido à previsão de anomalias graves que

acometeriam a criança. Tem-se discutido o fato desse tipo de aborto não ser considerado legal em casos extremos como hidrocefalia, anencefalia, deformação ou malformações muito graves etc. Casos estes em que o nascimento, em tese, somente traria sofrimentos à criança e aos pais.

Assim, tendo em consideração esta faceta humanitária do aborto eugênico, há importantes juristas em sua defesa e decisões judiciais autorizando sua prática, sendo o ideal sua previsão e limitação cuidadosa no texto do Código Penal. Não obstante, na atualidade, inexiste sua previsão como aborto legal na legislação brasileira.

A maior discussão acerca do aborto eugênico no momento versa sobre a questão da anencefalia, tendo em vista inclusive a alegação de inexistência de bem jurídico a ser tutelado nestes casos, considerando a determinação da morte tendo como marco a cessação da atividade cerebral. Além disso, advoga-se sua equiparação com os casos de aborto sentimental (art. 128, II, CP), considerando a necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana, afetada pelo sofrimento imposto aos pais durante toda a gestação de uma criança absolutamente inviável (a matéria é objeto de discussão no STF).

b) Aborto econômico ou social

Trata-se de casos em que a gestante pratica o aborto devido a condições de pobreza ou penúria, não sendo também admitido pela legislação e respondendo a autora pelo crime. Pode, eventualmente, aplicar-se neste caso a atenuante inominada prevista no art. 66, CP.

c) Aborto "honoris causa"

Seria aquele praticado para "ocultar desonra própria", mas também não é previsto em nosso Código Penal. Também eventualmente poderia ser aplicado o disposto no art. 66, CP.

d) Aborto estético

Refere-se à prática do aborto pela mulher, visando tão somente a preservação da integridade estética de seu corpo, a beleza física que poderia ser afetada pela gravidez. Efetivamente trata-se de aborto criminoso, sequer se devendo falar em eventual atenuante, ainda que inominada.

Competência e ação penal

O crime de aborto é julgado pelo Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII), e a ação penal é pública incondicionada.

Lesões Corporais (art. 129, CP)

Conceito

Mirabete conceitua o crime de lesão corporal da seguinte forma:

> O delito de lesão corporal pode ser conceituado como a ofensa à integridade corporal ou à saúde, ou seja, o dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental (MIRABETE, 2011, p. 103).

A relevância desse conceito de lesão corporal está no fato de que se deve atentar para que ela não se reduza apenas à lesão física, materialmente constatável, mas abrange também o dano ao normal funcionamento do organismo (fisiológico) e também ao dano psíquico (mental).

Objetividade jurídica

O bem jurídico tutelado pelo crime de lesões corporais é a integridade física e psíquica do ser humano.

Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Não obstante, é importante notar que a lesão corporal criminosa é somente aquela ocasionada em outrem. A "autolesão" não constitui crime pelas mesmas razões de política criminal pelas quais não se pune a tentativa de suicídio. Entretanto, há casos em que autolesões constituem crimes:

Ex. 1 O indivíduo corta um dedo da própria mão, simulando um acidente para receber indenização de seguro. Caracteriza-se o crime do art. 171, § 2º, V, CP (Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro).

Ex. 2 Indivíduo que se automutila para esquivar-se do serviço militar (art. 184 do Código Penal Militar).

Podem ocorrer ainda casos em que uma pessoa se autolesiona, sugestionada por outra que a usa como um verdadeiro instrumento. Por exemplo, se um indivíduo (insano, embriagado, menor sem compreensão etc.) se autolesiona por influência de outro, este que influenciou aquele que não tinha discernimento responde pelo crime de lesões corporais.

Sujeito passivo

Qualquer pessoa.

Tipo objetivo

O verbo núcleo é “ofender”. Tal ofensa pode ser perpetrada por qualquer meio idôneo, pois que se trata de crime de forma livre.

O Código Penal de 1890 previa a necessidade de ocorrência de dor para a caracterização do crime de lesões corporais. Hoje não existe tal exigência no tipo penal, de modo que basta que haja a lesão corporal, independente de manifestação de dor. Note-se, porém, que se houver dor e não houver lesão provocada por uma agressão, não se configurará o crime de lesões corporais, mas sim a contravenção penal de vias de fato (art. 21, LCP).

O corte de cabelo, barba ou unhas com ausência do consentimento da vítima tem provocado dissidência doutrinária. Alguns autores (*v.g.* Aníbal Bruno e Heleno Fragoso) defendem tratar-se de crime de lesões corporais. No entanto, a posição predominante e mais acertada seria aquela que reconhece nestes casos a ocorrência de injúria real (art. 140, § 2º, CP), contravenção de vias de fato (art. 21, LCP) ou crime de constrangimento ilegal (art. 146, CP).

No caso de agressão a uma mesma pessoa frequentemente ocorrem diversas lesões corporais. Nestes casos não haverá vários crimes de lesões corporais, mas apenas um, ou seja, a pluralidade de lesões num mesmo contexto e contra uma mesma vítima não ocasiona pluralidade de crimes. Mas, se há pluralidade de vítimas (ex.: indivíduo que agride e lesiona as vítimas A, B e C), ocorre, obviamente, pluralidade de crimes. O mesmo se pode dizer se uma mesma pessoa é agredida várias vezes, sofrendo lesões diversas em ocasiões distintas (ex.: o autor agride a vítima hoje e depois novamente a agride no outro dia ou no mesmo dia, mas em outro contexto).

Como já visto, não somente o rompimento de tecidos corpóreos configura o crime de lesões corporais; o dano à saúde em geral também é lesão corporal. São exemplos: transmissão voluntária de qualquer moléstia; provocação de distúrbios fisiológicos como vômitos, desmaios, insônia etc.; dano mental como choque nervoso, convulsões, insanidade mental, neuroses, psicoses etc.

Não somente a provocação de uma lesão corporal em um indivíduo íntegro configura o crime, mas também o agravamento de uma lesão já existente. Por exemplo: um indivíduo que quebra o braço da vítima que já estava anteriormente lesionado por uma luxação.

Sendo um crime de forma livre, as lesões corporais podem ser perpetradas por violência física (socos, chutes, golpes, pauladas, facadas etc.); violência moral (sustos, ameaças, pressões psicológicas etc.). Também pode ser praticada

por omissão (ex.: mãe que deixa de alimentar o filho, causando lesão à sua saúde). Finalmente, é ainda possível a prática do crime de lesões corporais por "ação indireta", ou seja, utilização de armadilhas ou animais ferozes.

Tipo subjetivo

As lesões corporais existem na forma dolosa ou culposa. Nas lesões dolosas ocorre a vontade de produzir dano ao corpo ou à saúde de outrem (*animus laedendi* ou *animus nocendi*).

Em alguns casos, embora presentes o elemento subjetivo e a conduta objetiva, o crime de lesões corporais não se configura. São exemplos:

a) *Lesões nos esportes* – se as lesões fazem parte do contato físico normal da prática esportiva (ex.: futebol, basquete, boxe etc.), são atípicas, pois são consideradas socialmente adequadas (Teoria da Adequação Social – Hans Welzel), configurando um risco permitido na vida social (Teoria da Imputação Objetiva – Claus Roxin). É claro que, se as lesões extrapolam por demais as regras existentes para a prática esportiva, configura-se normalmente o crime. Por exemplo, uma briga entre jogadores de futebol em campo.

b) *Intervenções cirúrgicas* – também neste caso não há crime, embora sejam causadas lesões no paciente. Alguns autores justificam por haver "exercício regular de direito"; outros afirmam que não há crime devido ao consentimento da vítima. Dessas duas posições parece mais aceitável a primeira, pois que o consentimento da vítima, além de ser irrelevante nestes casos (a integridade física é bem jurídico indisponível), nem sempre está presente no caso concreto, pois, às vezes, mesmo sem o consentimento da vítima a cirurgia pode ser realizada para salvar sua vida (ex.: vítima desacordada). Outras motivações podem ainda ser aduzidas justificando a não incriminação: em primeiro lugar o médico que atua numa cirurgia não tem o dolo necessário para a configuração do crime de lesões corporais (*animus laedendi* ou *animus nocendi*). Dir-se-á que ele corta a pele da vítima voluntariamente e isso é induvidoso, mas na verdade sua intenção ao atuar é exatamente oposta ao dolo de lesão corporal; ele não atua visando causar dano ao paciente, mas sim tendo em mira a cura, a melhora da saúde do doente (*animus curandi*). Isso descaracteriza a figura supostamente criminosa por ausência do elemento subjetivo, tornando o fato atípico. Também as Teorias da Adequação Social (conduta socialmente adequada) e da Imputação Objetiva (Risco Permitido) têm ampla aplicação no caso. A

medicina é uma atividade não somente socialmente adequada e admitida, mas também indispensável para a sociedade, de modo que não somente é permitida, mas até incentivada (atipicidade conglobante). Ademais, na própria Teoria da Imputação Objetiva, são isentas as condutas que são dirigidas à diminuição de um risco ou a evitar um dano maior ao bem jurídico, o que certamente ocorre nos casos de intervenções cirúrgicas.

Consumação e tentativa

O crime de lesões corporais se consuma com a efetiva lesão à integridade física ou psíquica da vítima. A tentativa é possível.

Lesões corporais leves (art. 129, *caput*, CP)

A caracterização das lesões leves é dada por exclusão, ou seja, se não for o caso de lesões graves, gravíssimas ou seguidas de morte, terão ocorrido lesões corporais leves (art. 129, *caput*, CP).

A ação penal nos casos de lesões corporais leves é pública condicionada a representação nos termos do art. 88 da Lei n. 9.099/95. Também o processo e julgamento cabem aos Juizados Especiais Criminais nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, porque a pena máxima não ultrapassa dois anos.

Lesões corporais graves (art. 129, § 1º, I a IV, CP)

Nos casos de lesões graves a pena é maior (reclusão, de 1 a 5 anos), de modo que inclusive não se trata de infração penal de menor potencial ofensivo e a ação penal é pública incondicionada. Os resultados mais graves das lesões levam à maior responsabilidade da conduta. Tais resultados podem advir de forma dolosa ou preterdolosa, dependendo do caso. Analisemos cada um deles:

I – Incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias

Esta figura pode ocorrer de forma dolosa ou preterdolosa. A incapacidade para ocupações habituais não se confunde com a incapacidade para o trabalho. Essas atividades habituais podem referir-se a atividades não econômicas, podendo ser atingidas pessoas que sequer fazem parte da população economicamente ativa (ex.: crianças, débeis mentais, idosos etc.).

O prazo de 30 dias a ser ultrapassado para a caracterização da lesão grave não se refere ao tempo de recuperação da lesão, mas sim à incapacitação da vítima, ou seja, não configura lesão grave o fato de que determinada lesão não se cure num prazo superior a 30 dias, desde que o ofendido continue realizando suas atividades habituais.

A incapacitação deve ser objetiva, a vítima não deve poder praticar suas atividades habituais por mais de 30 dias devido a um impedimento real e não meramente subjetivo. Por exemplo, não se caracteriza a lesão grave quando uma pessoa deixa de sair à rua por mais de 30 dias por simples sentimento de vergonha ou humilhação devido à agressão sofrida.

Nestes casos de lesões graves normalmente a materialidade é comprovada por um exame inicial e outro complementar nos termos do art. 168, CPP. Especificamente no caso de lesões graves por incapacidade por mais de 30 dias, o exame deve ser realizado logo depois do 30º dia para uma correta aferição. Na falta do laudo complementar o crime é desclassificado para lesões leves.

São recorrentes na doutrina duas indagações, apresentando-se respostas homogêneas:

a) Considerando que a atividade habitual que a vítima fique impossibilitada de realizar seja ilegal, subsiste o crime de lesões graves? Por exemplo, jogo do bicho, exercício ilegal da medicina, tráfico de drogas etc.

Se é somente a atividade ilegal que fica prejudicada e não outras, não subsiste o crime de lesões graves, operando-se a desclassificação para lesões leves. Se, entretanto, outras atividades normais ficam prejudicadas, o crime subsiste na forma grave.

b) E se a atividade é legal, mas imoral? Ex.: prostituição.

Cabe o reconhecimento das lesões corporais graves. A atividade não é ilícita, embora imoral. Note-se que com relação a este tópico há posição isolada de Frederico Marques, dizendo que se a atividade prejudicada é imoral, não há aplicação das lesões graves, pois o Direito não poderia defender atos imorais (apud MIRABETE, 2011, p. 110).

II – Perigo de vida

A primeira observação importante neste caso é que essa modalidade de lesão grave só pode ser admitida de forma preterdolosa. Obviamente, na forma dolosa haveria, em verdade, tentativa de homicídio.

O perigo exigido deve ser concreto. Inclusive o Laudo do IML nestes casos deve ser bem fundamentado pelo perito, não bastando apenas dizer que houve perigo de vida, mas apontar em que consistiu esse perigo.

III – Debilidade permanente de membro, sentido ou função

Esta figura pode ser praticada tanto na forma dolosa como preterdolosa. Serão lesões que causam uma “redução da capacidade funcional”.

Podem atingir: a) membros – braços e pernas; b) sentidos – visão, audição, olfato, paladar e tato; c) função – atividades que são desenvolvidas por um conjunto de órgãos (exs.: respiratória, circulatória, digestiva, locomotora, reprodutora, mastigatória etc.).

São exemplos de lesões dessa espécie: perda de órgão duplo (ex.: um olho); perda de um dedo ou parte de um dedo; enrijecimento da mão ou dos dedos (obs. Se a mão é amputada, a lesão é gravíssima – art. 129, § 2º, III, inutilização de membro); perda dentária (ataca a função mastigatória e/ou digestiva).

Nestes casos não importa que a debilidade possa ser atenuada por meio do uso de próteses.

IV – Aceleração de parto

Também possível nas formas dolosa ou preterdolosa. Ocorre quando a lesão leva à antecipação do parto. Neste caso ocorre um parto prematuro e o nascido sobrevive; se ocorrer aborto, há lesão gravíssima (art. 129, § 2º, V, CP).

Acaso o sujeito ativo desconheça a gravidez da vítima, não pode ser responsabilizado pela lesão grave, pois se exige ao menos conduta culposa para possibilitar sua responsabilização (art. 19, CP).

Se num caso concreto ocorrer a aceleração do parto, sendo que inicialmente a criança sobrevive, mas depois vem a morrer, a situação não se altera. Houve lesão grave por aceleração do parto, pois que aconteceu um parto prematuro, e não um aborto. A definição quanto à ocorrência de parto prematuro ou aborto fica basicamente adstrita à prova pericial médico-legal.

Lesões corporais gravíssimas (art. 129, § 2º, I a V, CP)

A nomenclatura “lesões corporais gravíssimas” não é prevista pelo Código Penal, mas sim pela doutrina. Os incisos do art. 129, § 2º, descrevem resultados ainda mais danosos à vítima do que aqueles previstos no § 1º. Assim a reprimenda penal é ainda maior (reclusão de 2 a 8 anos), também não se tratando de infrações penais de menor potencial ofensivo e sendo a ação penal pública incondicionada. Vejamos caso a caso:

I – Incapacidade permanente para o trabalho

O elemento subjetivo deste inciso pode ser o dolo ou o preterdolo. Neste caso a lei não se refere à incapacidade para ocupações habituais, mas sim à incapacidade para o trabalho, a qual também não pode ser transitória, mas sim “permanente”.

É interessante notar que, segundo a doutrina, a incapacidade deve ser para

qualquer trabalho, e não especificamente para a atividade exercida pela vítima (*v.g.* Celso Delmanto, Damásio E. de Jesus, Aníbal Bruno etc.).

Tratando o inciso da incapacidade permanente para o trabalho, verifica-se que se tem em mira a atividade de caráter econômico, excluindo-se, portanto, segundo a doutrina, como vítimas, a criança e o ancião, que não podem dedicar-se ao trabalho.

Outro tema de relevo diz respeito ao requisito da permanência da lesão mencionado no tipo penal. O legislador estaria se referindo efetivamente à permanência ou pretenderia com essa palavra referir-se à perpetuidade?

Magalhães Noronha apresenta uma passagem bastante esclarecedora sobre essa questão:

> Fala o dispositivo em permanência da incapacidade. Vimos que não significa perpetuidade. Os escritores argentinos, Soler, Molinário e Gómez, comentando o Código de sua pátria, que prevê a mesma agravante, entendem que a incapacidade deve ser para toda a vida. Bento de Faria também assim pensa, citando, aliás, velho julgado do Supremo Tribunal Federal. Em sentido contrário pronuncia-se Hungria e, a nosso ver com razão. Basta o prognóstico da impossibilidade de trabalhar por tempo que não se possa avaliar, ou noutras palavras, por período que não se pode fixar o limite (NORONHA, 1990, p. 71).

II – Enfermidade incurável

Também possível nas formas dolosa ou preterdolosa. Enfermidade é sinônimo de moléstia ou doença na lei penal, dizendo-se incurável aquela doença que, de acordo com o atual estágio de desenvolvimento da medicina, não tem cura integral, ainda que seja tratável e controlável.

III – Perda ou inutilização de membro, sentido ou função

Possível a prática nas formas dolosa ou preterdolosa. Na perda ocorre a mutilação (causada por violência) ou amputação (causada por cirurgia). Na inutilização, o membro ou órgão, embora permaneça ligado ao corpo, não tem mais capacidade funcional, ou seja, de realizar a atividade normal a que é afeto. Por exemplo, a mão que não é mais capaz de apreender etc.

A perda de um dedo da mão é apenas debilidade permanente, e não perda de membro (lesão corporal grave, e não gravíssima). Já a amputação ou mutilação de um braço configura perda de membro, assim como a amputação ou mutilação de toda a mão configura inutilização de membro.

Lesão que cause impotência *generandi* (reprodutiva) ou *coeundi* (de manter coito) para ambos os sexos é gravíssima por perda da função reprodutora e/ou sexual.

Magalhães Noronha e Mirabete (NORONHA, 1990, p. 71; MIRABETE, 2011, p. 113) citam o exemplo de que a lesão venha a atingir o hímen com sua perda. Obviamente, não se trata de lesão grave ou gravíssima, pois que este não é dotado de qualquer função orgânica. No entanto, a lesão que acarrete a perda do clitóris na mulher pode configurar lesão corporal de natureza grave por debilidade da função sexual.

Já a ablação de órgãos sexuais em transexual é controversa na jurisprudência, havendo decisões no sentido da não configuração e em contrário. Entretanto, tratando-se de casos excepcionais e em face da anuência da suposta vítima, certamente o caminho do bom-senso leva a aceitar tais cirurgias como não criminosas (*RT* 545/355 e *JTacrim*/SP 61/256).

IV – Deformidade permanente

A deformidade permanente pode ser praticada pelo agente de forma dolosa ou preterdolosa. Deformidade será considerada toda lesão que acarrete um prejuízo estético à vítima. Essa deformidade, para configurar o tipo em discussão, deve satisfazer certos requisitos:

Deve ser permanente e visível, no entanto pode ser em qualquer parte do corpo, não somente no rosto. A deformidade deve causar uma impressão desagradável ou vexatória para a vítima. Voltando à questão da permanência, deve-se ter em mente que não basta que o dano estético seja visível e de certo vulto; há absoluta necessidade de que o dano estético seja “permanente”, não sendo possível sua recuperação natural ou por meio da arte médica ordinária.

Não importa que a vítima possa disfarçar a deformidade com artifícios como perucas, cremes, maquiagens, roupas com gola alta ou manga comprida etc. Também não importa que a deformidade possa ser reparada por cirurgia plástica, não estando a vítima obrigada a submeter-se a esse tipo de intervenção. Quanto a isso, porém, uma observação deve ser feita: a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido que no caso da deformidade a vítima não está obrigada a submeter-se a cirurgia plástica, de modo que a mera possibilidade de reparação do dano estético não desconfigura a qualificadora. Entretanto, se a vítima efetivamente se submete a cirurgia plástica, revertendo o dano estético, as lesões seriam desclassificadas para leves (neste sentido: Mirabete, Damásio E. de Jesus, Aníbal Bruno etc.).

Algumas vezes essa lesão estética pode apresentar-se juntamente com uma lesão funcional. Por exemplo, se devido à lesão o indivíduo passa a ser manco de uma perna ou fica com problema na coluna vertebral, apresentando-se corcunda ou torto, ou ainda se, devido a uma queimadura em um olho, fica cego daquela vista e com uma terrível cicatriz. A questão é a seguinte: em casos que tais deveria prevalecer a debilidade permanente prevista no inciso III do § 1º (lesão grave) ou se caracterizaria a lesão gravíssima do § 2º, inciso IV?

Havendo dano estético, prevaleceria a lesão gravíssima de deformidade permanente que absorve a mera lesão grave.

Noronha observa que na deformidade devem ser levados em conta aspectos sociais, etários e sexuais, aduzindo que a deformidade de um gilvaz na face de uma donzela não se pode comparar a uma cicatriz no peito de um estivador ou mesmo no rosto de um ancião já marcado pelas rugas (NORONHA, 1990, p. 72).

A deformidade permanente é estabelecida por meio de exame pericial médico-legal, no qual se verificará se ela não é reparável naturalmente ou pela aplicação ordinária da arte médica ou curativa. A jurisprudência tem se manifestado no sentido da necessidade de haver ilustração por meio de fotografias nos laudos que versem sobre deformidade permanente, possibilitando ao julgador (no primeiro e segundo graus) a aferição pessoal do dano estético.

V – Aborto

Trata-se do denominado “Aborto Preterintencional”. O agente quer apenas causar lesões corporais, mas faz com que a vítima aborte. Certamente neste caso o crime só pode ser cometido por meio de preterdolo. Acaso o agente pretenda lesionar a mulher e causar-lhe também o aborto, deverá responder pelo crime de aborto em concurso com lesões corporais.

Quando o autor não sabe da gravidez não pode ser responsabilizado pelo aborto e, portanto, afasta-se a lesão gravíssima por esse motivo (art. 19, CP).

Sendo um crime preterdoloso, não cabe tentativa dessa forma qualificada. Se o agente queria provocar o aborto e não consegue, responde por esse crime (aborto) na sua forma tentada, mas jamais por estas lesões corporais gravíssimas.

Lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP)

As lesões corporais seguidas de morte têm recebido da doutrina o epíteto de “Homicídio Preterdoloso” ou “Homicídio Preterintencional”. Para sua configuração, o agente deve pretender somente lesionar a vítima, mas o

resultado morte ocorre independentemente de sua vontade. Se o sujeito lesiona alguém para matar, responderá por homicídio consumado ou tentado, conforme o caso.

São exemplos de lesão corporal seguida de morte na jurisprudência: empurrão com queda da vítima e traumatismo crânio-encefálico; soco com o mesmo resultado; pauladas na cabeça; facadas na perna que seccionam artéria etc.

O crime de lesões corporais seguidas de morte não existe na forma tentada, pois que tal fato configuraria tentativa de homicídio.

Lesão corporal privilegiada (art. 129, § 4º, CP)

Valem aqui os comentários já expostos com relação ao homicídio privilegiado, sendo a redação dos dispositivos idêntica.

Casos de substituição de pena (art. 129, § 5º, CP)

Somente em casos de *lesões leves* o juiz pode substituir a pena de detenção por multa em dois casos: se a lesão é privilegiada (art. 129, § 4º) ou se as lesões são recíprocas.

Para a configuração de lesões recíprocas é necessário que se esteja diante de dois agressores que atuam de maneira injustificada. Acaso um dos contendores seja absolvido por legítima defesa, o outro não fará jus à substituição, pois as lesões provocadas pelo primeiro foram legais. Para a aplicação do art. 129, § 5º, II, CP, será necessário que ambos os envolvidos sejam condenados.

Ainda no caso de lesões recíprocas, se durante o processo não se consegue determinar quem deu início às agressões ou se foram concomitantes, o dispositivo não pode ser aplicado. Essa situação exige o emprego do Princípio do “Favor Rei”, devendo ambos os contendores ser absolvidos, pois que um deles *pode* ter atuado em legítima defesa, de modo que *in dubio pro reo*.

Lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, CP)

Trata-se dos casos em que a lesão corporal é causada por conduta informada por imprudência, negligência ou imperícia. Nestes casos não há distinção entre lesões leves, graves ou gravíssimas, sendo fato que sempre a tipificação recairá no § 6º do art. 129, CP, sem correspondência com os §§ 1º ou 2º. Malgrado isso, haverá distinção na dosimetria da pena nos moldes do art. 59, CP, considerando as consequências do crime. Assim sendo, cabe observar que mesmo nos casos de lesões corporais culposas será importante apurar a gravidade das lesões,

encaminhando a vítima a exame complementar, se necessário.

A ação penal nos casos de lesões corporais culposas é pública condicionada a representação nos termos do art. 88 da Lei n. 9.099/95. Com o advento do CTB passaram a existir no ordenamento jurídico penal brasileiro dois crimes de lesões corporais culposas, tal qual ocorre com o homicídio culposo: a previsão do art. 129, § 6º, CP, abrangendo todos os casos de forma residual; e a previsão do art. 303, CTB, com aplicação exclusiva para os acidentes de trânsito viário em que o autor do crime esteja na direção de veículo automotor. Em sua forma simples, o dispositivo do CTB também é infração de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95) e a ação penal é pública condicionada à representação (art. 88 da Lei n. 9.099/95 c/c art. 291, *caput*, CTB).

O perdão judicial, já estudado nos casos de homicídio culposo, é aplicável também às lesões corporais culposas de acordo com o art. 129, § 8º, CP, que remete ao § 5º do art. 121, CP. Neste tema remetemo-nos aos comentários já despendidos sobre o homicídio culposo, inclusive quanto à sua aplicabilidade aos casos de lesões culposas no trânsito.

Também são extensíveis às lesões corporais culposas as causas de aumento de pena, conforme dispõe o § 7º do art. 129, CP, remetendo ao art. 121, § 4º, CP, inclusive sendo dolosa a lesão, no caso de sua prática contra pessoa menor de 14 anos e maior de 60 anos. Já nos casos de lesões corporais culposas do CTB (art. 303, CTB), também as causas de aumento de pena são tratadas naquele diploma de forma específica (ver parágrafos únicos dos arts. 303 e 302, CTB).

Violência doméstica

Uma nova modalidade de crime qualificado de lesão corporal é prevista no § 9º do art. 129, CP. Trata-se do caso em que a lesão corporal (leve) seja praticada em situação de violência doméstica. Note-se que essa qualificadora será aplicada somente nos casos de lesões leves, pois se as lesões forem graves, gravíssimas ou seguidas de morte haverá tipificação específica nos §§ 1º, 2º ou 3º, do próprio art. 129, CP.

A qualificadora enfocada exige especial condição do sujeito ativo e do sujeito passivo (crime bipróprio), consistente em certa relação parental ou afetiva, já que deve ser praticada “contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”.

A pena prevista é de detenção, de 3 meses a 3 anos, estabelecida conforme alteração promovida pela Lei n. 11.340/2006 (art. 44). Portanto, essa infração penal deixou de ser considerada de menor potencial ofensivo. Embora a referida alteração tenha sido promovida pela chamada "Lei Maria da Penha" (Lei n. 11.340/2006), que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, deve-se atentar para o fato de que o art. 129, § 9º, CP, pode ter como sujeito passivo tanto homens como mulheres. A única diferença será a de que, acaso a vítima seja mulher, poderão ser aplicados os institutos e o novo sistema protetivo da Lei n. 11.340/2006.

Além disso, quando a vítima da violência doméstica for mulher discute-se sobre a natureza da ação penal nas lesões leves. Isso porque, embora a Lei n. 9.099/95, em seu art. 88, estabeleça a ação penal como pública condicionada, a Lei n. 11.340/2006 determina em seu art. 41 a vedação da aplicação da Lei n. 9.099/95 para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Surgem duas correntes doutrinárias acerca do tema: uns defendem a tese de que o art. 88 da Lei n. 9.099/95 continua podendo ser aplicado, mesmo aos casos de violência doméstica contra a mulher; outros afirmam que, com a vedação legal acima mencionada, a ação passou a ser pública condicionada. O tema é controverso, e o STJ já decidiu, em votação não unânime e apertada (3 a 2), em sede de *Habeas Corpus* (HC 96.992/DF – rel. Min. Jane Silva, 12-8-2008), que a ação seria pública incondicionada.

Também o STF julgou procedentes a ADI 4.424 da Procuradoria-Geral da República e a ADC 19 para declarar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e estabelecer que a ação penal nas lesões leves em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher é pública incondicionada.

Por seu turno, o § 10 do art. 129, CP, prevê uma nova causa de aumento de pena, para os casos de lesões graves, gravíssimas e seguidas de morte, caso ocorram as circunstâncias elencadas no § 9º. O aumento previsto é da ordem de um terço. Então, se ocorrer violência doméstica e as lesões forem leves, o crime será qualificado nos termos do § 9º. Já se houver violência doméstica e as lesões forem graves, gravíssimas ou seguidas de morte, incidirá uma causa de aumento de pena sobre os preceitos secundários dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 129, CP.

Finalmente, o § 11 prevê uma causa de aumento de pena para os casos de violência doméstica com lesões leves (§ 9º), também da ordem de um terço, quando "o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência". Essa causa de aumento não incide nos casos dos §§ 1º, 2º e 3º, mas somente para a pena do § 9º.

Perigo de Contágio Venéreo (art. 130, CP)

Conceito

Pode-se conceituar o crime como o ato de expor outrem, por intermédio de atos libidinosos (conjunção carnal ou outros atos libidinosos), ao perigo de contágio de doença venérea, sabendo ou devendo saber o agente que está contaminado.

Objetividade jurídica

O bem jurídico tutelado é a saúde do ser humano.

Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, tratando-se de crime comum. Também pode responder pelo crime o cônjuge, desde que exponha o(a) companheiro(a) ao perigo de contágio. Nestes casos haverá ainda a agravante genérica prevista no art. 61, II, *e*, CP. As pessoas que se dedicam à prostituição também podem ser sujeitos ativos desse crime. É claro que o agente deverá efetivamente estar contaminado quando praticar o ato capaz de ocasionar o perigo de contágio. Caso contrário, tratar-se-á de crime impossível (art. 17, CP).

Sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do crime de perigo de contágio de moléstia venérea, inclusive aquelas dedicadas à prostituição.

Tipo objetivo

O art. 130, CP, descreve um crime de forma vinculada, pois que o perigo de transmissão da doença venérea deve dar-se por meio de “relações sexuais”, abrangendo a conjunção carnal ou quaisquer outros atos libidinosos. Acaso o contágio se dê por outras formas que não o contato sexual, descaracterizado estará o crime em estudo, podendo, dependendo do caso, configurarem-se infrações aos arts. 131 ou 132, CP. É inviável o cometimento desse delito por omissão.

A transmissão da AIDS não configura infração ao art. 130, CP, pois que tal moléstia não é uma espécie de doença venérea. Ademais, sendo a AIDS doença letal, o melhor enquadramento encontra-se na tentativa de homicídio (art. 121 c/c 14, II, CP).

Lembra Monteiro de Barros a possibilidade de contágio venéreo nutriz, ou seja, aquele que ocorre durante a amamentação, seja por parte da ama ou da criança. Como a lei não prevê tipo específico para essa situação e o art. 130, CP, é de forma vinculada, exigindo que o contágio se processe por meio de "relações sexuais", a tipificação poderá recair no art. 129, CP, ou art. 131, CP (havendo dolo de dano), ou art. 132, CP (havendo dolo de perigo) (BARROS, 1997, p. 115).

Discute-se na doutrina acerca da natureza da expressão "moléstia venérea". Para alguns o art. 130, CP, seria uma "norma penal em branco" (*v.g.* Magalhães Noronha, Ney Moura Teles, Cezar Roberto Bitencourt, José Henrique Pierangeli), de modo que a expressão sobredita deveria ser complementada por Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública (Decreto n. 16.300/1923). Por esse decreto seriam doenças venéreas a sífilis, a blenorragia ("blenorreia" ou "gonorreia") e o cancro mole. Outros afirmam não se tratar de caso de norma penal em branco. Na realidade seria a expressão enfocada um elemento normativo do tipo, devendo seu significado e abrangência ser aferido em cada caso concreto pelo juiz, com o auxílio da perícia médico-legal, que deveria indicar quando se trata de uma doença venérea ou não (*v.g.* Flávio Augusto Monteiro de Barros, Fernando Capez, Damásio E. de Jesus e Adilson Mehmeri). O melhor entendimento é realmente este segundo, pois que possibilita uma "interpretação progressiva" da norma penal que está diretamente ligada a um conceito médico dinâmico que pode constantemente alterar-se com a evolução da medicina. De outra forma a lei tornar-se-ia por demais inflexível, e sua adaptação à evolução da sociedade no seu aspecto científico (médico, especificamente) seria muito lenta.

Consumação e tentativa

A consumação se dá com a efetiva exposição da vítima a perigo de contágio de doença venérea por meio de ato libidinoso. Não é necessária a contaminação, bastando a mera exposição a perigo de contágio, de modo que a contaminação será considerada exaurimento do crime. Isso não impedirá que em caso de contaminação essa consequência do crime seja levada em consideração pelo juiz no momento de fixação da pena-base, nos termos do art. 59, CP.

A tentativa é possível, pois se trata de crime plurissubsistente. É recorrente na doutrina o exemplo do sujeito contaminado com blenorragia que tenta manter relação sexual com uma garota, mas é surpreendido e impedido pelo pai da vítima. No entanto, no caso da modalidade culposa também prevista no tipo

penal, quando menciona a modalidade de perigo em que o agente “deve saber” estar contaminado, não é viável a figura tentada. Isso porque inexiste tentativa de crime culposo.

Questão intrincada é aquela de solucionar o conflito de normas quando ocorre efetivamente o contágio. A melhor solução é apresentada por Mirabete (MIRABETE, 2011, p. 125):

> Quando o agente não pretendia transmitir a moléstia, mesmo com a contaminação, deve prevalecer no conflito aparente de normas o art. 130, CP, desde que as lesões sejam culposas ou, mesmo em caso de dolo na transmissão, sendo leves as lesões, pois nestes casos o tipo penal do art. 130 e seu § 1º, CP, tem pena mais elevada. Agora, quando o agente age transmitindo dolosamente a doença e resultam lesões corporais graves ou gravíssimas, devem prevalecer os dispositivos do art. 129, §§ 1º e 2º, CP, em face do princípio da subsidiariedade, já que as lesões graves e gravíssimas têm pena bem mais elevada. Em caso de suceder a morte da vítima, se a transmissão foi simplesmente culposa, deverá o agente responder por Homicídio Culposo (art. 121, § 3º, CP). Se, por acaso, a transmissão foi dolosa, havendo dolo de dano, deverá o agente responder por lesões corporais seguidas de morte (art. 129, § 3º, CP).

Sendo o sujeito passivo pessoa imune ou já contaminada, inexiste o crime, configurando-se tentativa inidônea (art. 17, CP).

Tipo subjetivo

O tipo penal em estudo descreve três modalidades de conduta, sendo duas delas no *caput* e uma no seu § 1º, as quais diferem quanto ao elemento subjetivo do tipo. Vejamos cada uma delas:

a) A exposição de alguém, por meio de relações sexuais, a contágio de doença venérea quando o agente *sabe* que está contaminado (art. 130, *caput*, CP).
b) A exposição de alguém, por meio de relações sexuais, a contágio de doença venérea quando o agente *deve saber* que está contaminado (art. 130, *caput*, CP).
c) A intenção deliberada de manter relações sexuais com alguém, sabendo-se contaminado, com a *intenção* de provocar a transmissão da doença venérea (art. 130, § 1º, CP).

Quando o autor do crime *sabe* da contaminação há dolo direto. Neste caso é preciso que o agente tenha certeza sobre sua contaminação, o que não o impede

de manter a relação sexual, ocasionando dolosamente o perigo de contágio.

Quanto à figura que faz menção à situação em que o agente *deve saber* de seu contágio há discussão na doutrina. Para alguns (*v.g.* Magalhães Noronha, Mirabete, Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Bento de Faria, Frederico Marques, Euclides Custódio da Silveira, Damásio E. de Jesus e Flávio Augusto Monteiro de Barros) trata-se de conduta informada pela *culpa*. Para outros (*v.g.* Costa e Silva) a expressão *deve saber* seria indicativa de dolo eventual. Tem prevalecido o primeiro entendimento, com a crítica de que o legislador acabou equiparando as condutas dolosa e culposa, pois que se o agente agir com dolo eventual ou culpa será igualmente punido com base no *caput* do art. 130, CP.

No § 1º o agente tem o dolo direto de transmitir a moléstia. Ele não quer simplesmente causar o perigo, mas ostenta dolo de dano, razão pela qual a reprimenda penal é mais severa (reclusão de 1 a 4 anos). Note-se que, embora capitulada dentre os crimes de perigo, essa figura é conformadora do dolo de dano. O crime é formal, bastando a conduta com a intenção de ocasionar o contágio. Operando-se efetivamente o contágio, haverá mero exaurimento do crime (como se verá abaixo, as lesões leves serão absorvidas, e as graves, gravíssimas ou a morte configurarão tipo penal específico). Como bem observa Monteiro de Barros, “o preceito em análise não passa de uma tentativa de lesão corporal que o legislador erigiu à categoria de crime autônomo” (BARROS, 1997, p. 119).

Mirabete apresenta caso interessante de erro de tipo possível de ocorrer em casos de perigo de contágio de moléstia venérea: se o agente que expõe outrem ao perigo de contágio não tem razões plausíveis para desconfiar de sua própria contaminação, como no caso do homem casado e fiel que acabou sendo contaminado pela própria esposa promíscua, de cuja conduta não tinha ciência. Tal homem não poderá ser responsabilizado, a não ser no caso em que os sintomas da moléstia sejam evidentes (art. 20, CP) (MIRABETE, 2011, p. 124). Outro exemplo de erro de tipo que exclui o crime é aquele do agente que se supunha curado da doença venérea por afirmação médica e mantém relações sexuais (BARROS, 1997, p. 120).

Ação penal

O § 2º do art. 130, CP, estabelece expressamente que a ação penal é pública condicionada a representação do ofendido.

Frise-se que, embora a vítima havendo consentido na prática sexual ciente da contaminação do agente, isso não a impedirá de exercer seu direito de

representação, pois que a saúde é bem jurídico indisponível.

Perigo de Contágio de Moléstia Grave (art. 131, CP)

Conceito

Trata-se da conduta de praticar ato capaz de ocasionar o contágio de outrem com moléstia grave de que se está contaminado.

Objetividade jurídica

Protege o tipo penal a saúde das pessoas.

Sujeito ativo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que esteja contaminada com alguma moléstia grave. Dessa forma, se o agente crê estar contaminado quando na verdade não está, configurar-se-á crime impossível (art. 17, CP). O mesmo se pode dizer se a vítima já está contaminada ou é imune àquela enfermidade.

Sujeito passivo

Qualquer pessoa.

Tipo objetivo

A conduta delituosa é descrita como a prática de ato capaz de produzir o contágio de doença grave e transmissível. São elementares do crime: a) que o agente esteja contaminado com doença grave e contagiosa; b) a prática de atos hábeis a produzir o perigo de contágio.

Como diz a lei, a moléstia há que ser *grave*. Dessa forma são afastadas enfermidades de pequena monta como uma simples gripe, um resfriado etc. Somente a perícia médico-legal poderá precisar com segurança quando se trata de moléstia grave ou não. Certamente trata-se de elemento normativo do tipo, devendo ser a expressão *moléstia grave* analisada pelo julgador de posse dos informes médicos disponíveis. Não são obviamente abrangidas pelo tipo doenças de suma gravidade que não são transmissíveis, como, por exemplo, o câncer, o diabetes etc. Nesses casos, como se poderia falar em “perigo de contágio”?

Como já visto, no caso das moléstias venéreas, que são doenças de gravidade, não se configura o tipo penal em apreço, mas sim crime específico

previsto no art. 130, CP. Somente se configurará o art. 131, CP, mesmo em caso de doenças venéreas, se estas forem transmitidas por meio que não seja relação sexual.

Embora a AIDS seja indubitavelmente uma *moléstia grave*, quando o agente pretende contaminar alguém não incide no art. 131, CP, mas deve responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado quando a vítima vem a morrer.

Diversamente do art. 130, CP, o tipo penal ora em estudo é crime de forma livre, admitindo os mais variados meios executórios. Somente não servirão para configuração os meios que sejam absolutamente inidôneos (art. 17, CP). O crime pode ainda ser praticado por omissão quando, por exemplo, a mãe contaminada nada faz para evitar que o filho se aproxime, tendo contato físico consigo com o fim de provocar o contágio.

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. O dolo é específico, pois não basta que o agente queira praticar um ato capaz de produzir o contágio, mas é preciso que ele queira praticar tal ato com o fim de provocar o contágio. Não existe figura culposa. No entanto, em caso de transmissão culposa, de acordo com o resultado, poderá configurar-se lesão corporal culposa ou homicídio culposo.

Entende-se que quando o agente atua com dolo eventual, ou seja, pratica o ato não querendo o contágio, mas assumindo o risco de provocá-lo, não se caracteriza este crime, para o qual seria exigido o dolo direto. Subsidiariamente aplicar-se-ia ao caso o crime de lesão corporal (art. 129, CP), possível de ser perpetrado por meio de dolo eventual (BARROS, 1997, p. 127).

Consumação e tentativa

Trata-se de crime formal. Assim sua consumação independe do efetivo contágio, bastando a prática de ato idôneo a ocasionar o perigo. Aqui exsurge outra característica do tipo penal em comento. Ele é um crime de perigo, inobstante para sua configuração exija um dolo direto de dano. Trocando em miúdos, o agente deve pretender provocar a transmissão da moléstia grave de que é portador. No entanto, essa efetiva transmissão não é exigida para a consumação do crime que é formal e de perigo. Binding denomina essa espécie de delito de “crimes de resultado cortado”, nos quais “o agente pratica a conduta para alcançar um fim específico, mas cuja ocorrência não é exigida para a consumação” (apud BARROS, 1997, p. 124). Eventual contágio configurará mero exaurimento do crime, o qual somente poderá ser levado em conta pelo

juiz para a dosimetria da pena-base, nos termos do art. 59, CP.

Note-se que Mirabete afirma que, mesmo ocorrendo lesões graves ou gravíssimas, prevalecerá o delito enfocado (art. 131, CP), pois que é norma especial em relação a elas. Afinal faz parte de sua descrição típica a gravidade da enfermidade transmitida. Apenas no caso de morte prevalecerá o crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP) ou homicídio (art. 121, CP) quando o autor agiu visando matar a vítima (MIRABETE, 2011, p. 127).

No entanto, esse entendimento não é o que prevalece doutrinariamente. A maioria dos autores aponta, no caso de lesões graves, a responsabilização pelos crimes previstos no art. 129, §§ 1º e 2º, CP. Quanto ao caso de morte não diverge Mirabete da doutrina dominante. Razão assiste à corrente doutrinária predominante, eis que os crimes de perigo são subsidiários, somente prevalecendo em face de crimes de menor gravidade. A tentativa é admissível.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

Perigo para a Vida ou Saúde de Outrem (art. 132, CP)

Conceito

O crime de perigo para a vida ou saúde de outrem pode ser conceituado como a exposição da vida ou da saúde de outra pessoa a perigo direto ou iminente. Apresenta caráter subsidiário expresso quando em seu preceito secundário o legislador faz constar que o tipo penal em estudo somente é aplicado “se o fato não constitui crime mais grave”.

Objetividade jurídica

Tutelam-se com o dispositivo sob comento a vida e a saúde das pessoas.

Sujeito ativo

Trata-se de crime comum que pode ser cometido por qualquer pessoa.

Sujeito passivo

Também pode ser vítima desse crime qualquer pessoa. Há, porém, necessidade de que a(s) vítima(s) seja(m) determinada(s). Se a criação de risco

abrange pessoas indeterminadas, configurar-se-á algum crime de perigo comum previsto no art. 250 e seguintes do CP.

Tipo objetivo

A conduta incriminada consiste em criar por qualquer modo uma situação de risco para a vida ou a saúde de outrem. O crime estudado é considerado de *perigo concreto,* devendo restar comprovado o fato de que a vida ou a saúde de alguém determinado foi arriscada pela atuação do agente. O perigo criado deve ser também *iminente*, de modo que seu risco possa concretizar-se em efetiva lesão logo em seguida. Dessa forma o perigo remoto não serve para configurar o tipo penal.

É claro que os riscos criados para a vida ou saúde devem ser contrários às normas culturais e sociais. Há atividades que são arriscadas, mas que contam com a autorização legal para sua realização, bem como, muitas vezes, são até mesmo incentivadas. Nesses casos, embora seja inerente àquela atividade lícita certo risco, não haverá crime em sua execução. São exemplos: o trânsito viário obedecendo às normas; a prática médica; atividades industriais arriscadas; a prática da aviação etc. Logicamente todas essas atividades, para não constituírem o crime, devem ser realizadas dentro das balizas normativas que as regulamentam, de forma a não extrapolar o grau de risco permitido socialmente.

Este crime admite também a conduta omissiva, desde que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado nos termos do art. 13, § 2º, CP.

A jurisprudência tem dissentido quanto à solução para os casos em que se cria perigo contra várias pessoas determinadas. Há decisões afirmando a pluralidade de crimes em concurso formal, mas há também posicionamentos alegando a ocorrência de crime único. Tratando-se de crime que exige a determinação da vítima e perigo concreto, parece mais correto o entendimento de configuração de pluralidade de crimes em concurso formal ou mesmo o reconhecimento da continuidade delitiva (neste sentido: Flávio Augusto Monteiro de Barros e Cezar Roberto Bitencourt. Em sentido contrário: Julio Fabbrini Mirabete).

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo. Esse dolo deve ser de perigo, ou seja, o agente deve pretender criar perigo ao bem jurídico (vida ou saúde). Acaso o autor pretenda atingir efetivamente os referidos bens jurídicos, apresentando então dolo de dano, o crime será outro: tentativa de homicídio ou de lesão corporal

respectivamente. O crime em destaque é de subsidiariedade expressa, como já visto. É possível a prática da conduta com dolo eventual.

Não há previsão de forma culposa. Se o agente, por meio de conduta informada pela culpa, ocasiona perigo para a vida ou a saúde de outrem, poderá configurar-se alguma contravenção penal (*v.g.* arts. 31 e 36, LCP). Agora, se dessa conduta arriscada culposa derivar um evento lesivo, o autor responderá por lesão corporal culposa ou homicídio culposo de acordo com o resultado ocorrido. Note-se que somente responderá por lesão corporal culposa se tratar-se de infração do Código de Trânsito Brasileiro (art. 303, CTB) ou de lesão corporal culposa qualificada do Código Penal (art. 129, § 7º, CP), que têm pena mais elevada que o art. 132, CP. No caso de lesões corporais culposas simples do CP (art. 129, § 6º, CP), prevalecerá o crime de perigo (art. 132, CP), vez que tem pena mais elevada e sua subsidiariedade somente atua quando em confronto com *crime mais grave*. Também no caso de o agente atuar com dolo de perigo, mas acabar ocorrendo um resultado lesivo, deverá responder pelos crimes de homicídio culposo ou lesão corporal culposa de acordo com o acima exposto, pois certamente caracterizar-se-á a imprudência em seu agir (PIERANGELI, 2005, p. 158; BITENCOURT, 2009, p. 251-252; NORONHA, 1990, p. 85; COSTA JUNIOR, 2010, p. 278).

Consumação e tentativa

O crime se consuma com a prática do ato constitutivo do perigo e com a ocorrência concreta de risco para a saúde ou a vida de alguém. A tentativa é possível, tratando-se de crime plurissubsistente.

Aumento de pena

A Lei n. 9.777/98 acrescentou em um parágrafo único uma causa especial de aumento de pena variável de um sexto a um terço no crime do art. 132, CP, quando “a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais”.

A principal motivação do legislador certamente foi o transporte irregular de trabalhadores rurais comumente conhecidos como “boias-frias”, embora possam tipificar a conduta outras situações similares. Quando a lei menciona o transporte “em desacordo com as normas legais”, introduz um elemento normativo do tipo, de maneira que seu complemento deverá ser buscado na legislação que regulamenta o transporte coletivo ou individual de pessoas, qual seja, o Código

de Trânsito Brasileiro. Anote-se que não bastará para a configuração do delito a mera infração às normas administrativas sobreditas, fazendo-se necessário comprovar o perigo concreto ocasionado para a integridade ou a vida das pessoas transportadas.

É relevante destacar o fato de que o transporte irregular deve ser "de pessoas para prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza". Portanto, se o transporte não é para esse fim específico, descaracteriza-se o tipo agravado. Eventualmente, o transporte irregular com outros fins (por exemplo, lazer, carona etc.), desde que ocasione perigo concreto para o transportado, poderá tipificar o crime simples (art. 132, *caput*). Não havendo a confirmação de perigo concreto, constituirá mera infração administrativa de trânsito.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

Abandono de Incapaz (art. 133, CP)

Conceito

O crime de abandono de incapaz consiste na conduta de abandonar alguém incapaz de enfrentar os perigos resultantes do abandono, que esteja sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do autor do delito.

Objetividade jurídica

São protegidas pelo tipo penal a vida e a saúde das pessoas mais débeis, as quais necessitam dos cuidados de terceiros.

Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois que só pode ser cometido por aquele que tem o dever de cuidar da vítima. Sem isso, o crime cometido pode transmudar-se para omissão de socorro (art. 135, CP).

Sujeito passivo

São exigidas duas qualidades do sujeito passivo:

a) Que seja incapaz de enfrentar as condições do abandono.

b) Que tenha com o sujeito ativo uma relação de assistência ou dependência.

O recém-nascido pode ser sujeito passivo deste crime, e o que diferencia a

conduta do art. 134, CP (Abandono de Recém-nascido), é o dolo específico previsto naquele tipo penal de “ocultar desonra própria”.

Tipo objetivo

O verbo do tipo penal é “abandonar”, tendo o significado de deixar ao desamparo, sem assistência, largado. A conduta pode ser integrada por ação ou omissão. O crime é de perigo concreto, de maneira que é necessária a comprovação de efetiva ocorrência de perigo para a vítima em virtude do abandono.

Há debate doutrinário acerca da necessidade ou não de que haja separação física entre os sujeitos ativo e passivo para a configuração do abandono. Alguns autores defendem a tese de que o distanciamento é imprescindível para a configuração do crime em testilha (*v.g.* Mirabete, Nelson Hungria, Damásio E. de Jesus, Cezar Roberto Bitencourt, Paulo José da Costa Júnior, Romeu de Almeida Salles Júnior e Frederico Marques). Outros alegam que não há necessidade absoluta desse distanciamento para que ocorra o abandono (*v.g.* Flávio Augusto Monteiro de Barros, Heleno Fragoso e José Henrique Pierangeli), bastando que o autor deixe de prestar assistência ao incapaz, embora permaneça em sua proximidade. Em nosso entendimento, a melhor orientação é a que pugna pela necessidade do afastamento físico para a configuração do delito previsto no art. 133, CP. Argumenta-se destacando que o tipo incrimina a conduta de abandonar *a pessoa incapaz*, e não a atitude de *abandonar o dever de prestação de assistência*. Ademais, acrescenta-se que, no caso de abandono dos deveres de prestação de assistência sem o correspondente afastamento físico, não haveria um vácuo de tutela em todos os casos, pois que tais condutas poderiam ser tipificadas como abandono material (art. 244, CP) ou mesmo omissão de socorro (art. 135, CP). Não obstante, a tendência da doutrina mais moderna, inclusive estrangeira, tem sido o acolhimento majoritário da tese da desnecessidade de afastamento físico, bastando a ocorrência do efetivo abandono dos cuidados necessários para com a vítima, ocasionando-lhe perigo concreto.

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo (dolo genérico). Não existe modalidade culposa.

Consumação e tentativa

O crime se consuma com o abandono e a criação do risco para a vítima.

Ensina Damásio que é irrelevante se o agente pratica o abandono e depois "reassume o dever de assistência", desde que com sua conduta anterior já tenha submetido a vítima a perigo concreto, pois neste caso já foi atingida a consumação do delito (JESUS, 2005, p. 166; PIERANGELI, 2005, p. 163). No entanto, não haverá o crime se o agente deixa a vítima, mas a fica observando e guardando de longe até que alguém a recolha, isso porque nesta situação não terá havido criação de perigo concreto.

Discute-se a respeito da natureza desse crime, indagando se seria permanente ou instantâneo de efeitos permanentes. Tendo em vista que a consumação se dá num único ato (abandono em situação de perigo concreto) e o perigo se protrai no tempo, mas independe da vontade do agente, trata-se, segundo entendimento majoritário, de crime instantâneo de efeitos permanentes.

Tratando-se de conduta comissiva é viável a figura tentada, segundo a maioria da doutrina (*v.g.* Mirabete, Paulo José da Costa Júnior, Fernando Capez). Em posição francamente minoritária existe ainda quem defenda a tese de que a tentativa seria possível, inclusive na forma omissiva (TELES, 2004, p. 273).

Qualificadoras

O crime se qualifica, nos termos do art. 133, §§ 1º e 2º, CP, quando ocorrem os resultados lesão grave ou morte. Tais resultados mais gravosos resultantes do abandono não podem advir de dolo direto ou eventual do agente, de modo que configuram somente condutas preterdolosas.

Causas de aumento de pena

O § 3º do art. 133, CP, prevê os casos de aumento de pena no crime de abandono de incapaz. Esses aumentos serão aplicados tanto para os casos de abandono de incapaz simples como qualificado.

Os casos são os seguintes: a) se o abandono ocorrer em lugar ermo; b) se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima; c) se a vítima é maior de 60 anos.

Note-se que, nos casos expostos nas letras *b* e *c*, ficarão afastadas, respectivamente, as agravantes genéricas previstas no art. 61, II, *e* e *h*, CP. Sua aplicação configuraria *bis in idem*.

Com relação ao idoso (maior de 60 anos), deve-se recordar também da norma especial prevista no art. 98 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), desde que o abandono se dê em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência

ou congêneres, ou quando o autor não satisfizer “suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado”.

Ação penal

Pública incondicionada.

Exposição ou Abandono de Recém-nascido (art. 134, CP)

Conceito

Consiste na exposição ou abandono de recém-nascido, com o fim específico de ocultar desonra própria.

Na realidade, o abandono de recém-nascido nada mais é do que uma espécie “privilegiada e autônoma” em relação ao crime de abandono de incapaz (MIRABETE, 2011, p. 134). Sua distinção em relação a este é somente o fato de que o sujeito passivo somente pode ser um incapaz especial, qual seja, o recém-nascido, e ainda a necessidade de que haja um dolo específico de “ocultar desonra própria”. Dessa forma, em sendo um recém-nascido abandonado para o fim especial de ocultação de desonra própria, haverá incidência do crime previsto no art. 134, CP. No caso de um recém-nascido abandonado por outros motivos que não a ocultação de desonra, haverá o crime do art. 133, CP, bem como nos casos de abandonos de outras espécies de incapazes, seja por que motivo for (*v.g.* doentes, idosos etc.).

Objetividade jurídica

A objetividade jurídica é a segurança do recém-nascido.

Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, pois que somente pode ser praticado pelos pais (mãe ou pai) do recém-nascido que pretendam ocultar desonra própria, como, por exemplo, uma gravidez extramatrimonial ou incestuosa. Há entendimento minoritário no sentido de que somente a mãe poderia cometer o crime, ficando afastada a possibilidade também de o pai praticá-lo igualmente (SILVEIRA, 1973, p. 183).

Note-se, porém, que a desonra deve ser “própria”, de maneira que aquele que abandona recém-nascido para ocultar desonra de terceiro, sem a atuação

conjunta deste, comete o crime de abandono de incapaz (art. 133, CP). Não obstante, havendo concurso de agentes entre a pessoa desonrada e um terceiro com o fim de ocultar desonra da primeira, haverá normalmente a incidência do art. 134, CP, em concurso de agentes, nos termos do art. 29, CP.

Sujeito passivo

O sujeito passivo deste crime é o recém-nascido. O Código Penal Brasileiro não definiu o que seja "recém-nascido", de modo que surgiram controvérsias na doutrina, sendo que prevalece o entendimento que elege a queda do cordão umbilical como marco.

Tipo objetivo

Os verbos são "expor" e "abandonar". O crime é de perigo concreto.

Tipo subjetivo

O crime é doloso, consistindo na vontade de expor ou abandonar o recém-nascido (dolo de perigo). Neste caso há também exigência de um dolo específico, qual seja, o desejo de ocultar desonra própria. Devido a isso se tem entendido na doutrina e na jurisprudência que a meretriz ou a mulher de vida sabidamente licenciosa não pode ser sujeito ativo desse crime privilegiado, devendo ser-lhe aplicado o tipo penal previsto no art. 133, CP. Isso porque em tais circunstâncias não haverá honra alguma a ser preservada.

Observe-se que a honra preservada no caso deste delito é exclusivamente aquela de natureza sexual. Dessa forma nada impede que um homem ou uma mulher possa incidir neste crime ao abandonar o filho para ocultar desonra (por exemplo, um filho adulterino), sendo eles conhecidos como pessoas que não pagam suas dívidas. Agora, se a finalidade do abandono é outra que não a ocultação de desonra própria (por exemplo, dificuldades econômicas, criança defeituosa ou débil mental etc.), o crime será o de abandono de incapaz (art. 133, CP).

Consumação e tentativa

O crime consuma-se com o abandono da vítima e sua exposição a situação de perigo concreto. É possível a tentativa.

Formas qualificadas

O crime se qualifica nos termos do art. 134, §§ 1º e 2º, com o advento

preterdoloso dos resultados lesão corporal de natureza grave ou morte.

Ação penal

Pública incondicionada.

Omissão de Socorro (art. 135, CP)

Conceito

Consiste o crime de omissão de socorro na conduta de deixar de prestar assistência à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, desde que isso seja possível sem risco pessoal; ou não solicitar, nessas situações, o socorro da autoridade pública.

Objetividade jurídica

Tutelam-se a vida e a integridade física das pessoas, por meio da atenção à segurança individual.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa (crime comum).

Sujeito passivo

O tipo penal elenca algumas pessoas que podem ser vítimas do crime de omissão de socorro:

a) criança abandonada ou extraviada;

b) pessoa inválida;

c) pessoa ferida;

d) pessoa ao desamparo ou em grave e iminente perigo.

Tipo objetivo

Trata-se de um crime omissivo próprio ou omissivo puro. A primeira forma de cometimento do crime é deixar de prestar assistência ao ofendido.

Esse dever de prestar assistência obviamente limita-se de acordo com a capacidade do agente, não sendo possível exigir das pessoas algo além de suas capacidades. Essa capacidade de cada agente atuar deve ser analisada de acordo com o caso concreto. Também será afastado o crime quando o agente, para prestar o socorro, tenha de arriscar sua integridade física ou mesmo sua vida.

Outro aspecto relevante diz respeito à não configuração do crime de omissão de socorro quando este é suprido por terceiros. Quando várias pessoas omitem o socorro, todas elas respondem pelo crime. No entanto, se uma dessas pessoas presentes presta o socorro, todas as outras ficam desobrigadas. Deve-se ter em mente, porém, que quando alguém omite o socorro e depois, por uma felicidade da vítima, um terceiro acaba prestando-lhe auxílio, isso não afasta a responsabilidade do omitente.

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo, inexistindo modalidade culposa.

Consumação e tentativa

O crime se consuma no momento da inação do sujeito. Em regra o crime é instantâneo, mas pode eventualmente ser permanente, dependendo do caso concreto. Por exemplo, quando alguém deixa de assistir a um doente que se acha em um quarto sob a responsabilidade do agente dia após dia.

Tratando-se de crime omissivo próprio, não existe a possibilidade de tentativa.

Causas de aumento de pena

A lei prevê no parágrafo único do art. 135, CP, dois aumentos de pena. A pena é acrescida da metade se da omissão resultar lesão corporal grave e é triplicada se resultar morte. Os resultados mais gravosos (morte ou lesões graves) devem ser preterdolosos, pois se houver o dolo direto ou eventual caracterizar-se-ão outros crimes como homicídio ou lesões corporais graves.

Alguns casos especiais

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) trouxe ao mundo jurídico uma nova modalidade especial de omissão de socorro em seu art. 304. A partir de então, em casos de motorista envolvido em acidente de trânsito prevalecerá o Princípio da Especialidade.

Se o sujeito passivo da conduta for idoso (maior de 60 anos), havendo omissão de socorro, tipificado estará o art. 97 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), pois no conflito aparente de normas prevalecerá tal dispositivo por força do Princípio da Especialidade.

Ação penal

Pública incondicionada.

Maus-tratos (art. 136, CP)

Conceito

Consiste o crime na exposição a perigo da vida ou da saúde de alguém que esteja sob a autoridade, guarda ou vigilância do agente, com a finalidade de educação, ensino, tratamento ou custódia, seja mediante a privação alimentar ou de cuidados indispensáveis, seja submetendo a vítima a trabalho excessivo ou inadequado, seja por abuso dos meios de correção ou disciplina.

Objetividade jurídica

Tutelam-se a incolumidade e a vida da pessoa.

Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, vez que somente aquele que tem uma anterior relação jurídica com a vítima, a qual implique em autoridade, guarda ou vigilância, pode cometê-lo.

Sujeito passivo

Também só pode ser sujeito passivo desse crime aquela pessoa que esteja sob a autoridade, guarda ou vigilância de outrem. Não é necessário que a vítima seja menor de 18 anos para poder haver o crime de maus-tratos, bastando que esteja sob a autoridade, guarda ou vigilância do autor do ilícito. Aliás, com o advento do ECA (Lei n. 8.069/90), poderá haver o crime especial do art. 232 daquele diploma acaso a vítima seja criança ou adolescente, conforme leciona Monteiro de Barros (BARROS, 1997, p. 157). Fernando Capez chega a afirmar que deverá prevalecer o tipo penal descrito no art. 232, ECA, quando a vítima for criança ou adolescente, por aplicação do “Princípio da Especialidade” (CAPEZ, 2010, p. 215). Cabe aqui, segundo nosso entendimento, uma ressalva: realmente haverá casos em que prevalecerá o art. 232 do ECA em se tratando de vítima criança ou adolescente. No entanto, deve-se observar que o crime de maus-tratos previsto no Código Penal (art. 136) é, na verdade, norma especial em relação ao dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tratando-se o art. 136, CP, de crime de forma vinculada que descreve pormenorizadamente as condutas a serem encetadas pelo agente para colocar em risco a integridade física ou a vida da vítima por meio dos maus-tratos, ainda que esta seja uma criança ou

adolescente, deverá prevalecer o art. 136, CP, sempre que restar configurada uma conduta especificamente ali descrita. Nos casos de submissão da vítima criança ou adolescente a mero vexame ou outros constrangimentos que não encontrem abrigo no disposto no art. 136, CP, aí sim será o caso de aplicação do art. 232 do ECA, crime de forma livre, que desta forma assume uma característica residual. Tanto isso corresponde à realidade que, caso contrário, restaria sem utilidade alguma a previsão de aumento de pena para os casos de maus-tratos quando a vítima for pessoa menor de 14 anos, conforme consta do § 3º do art. 136, CP, justamente acrescentado pelo próprio ECA (Lei n. 8.069/90).

Quanto ao idoso, há previsão especial também no Estatuto do Idoso – art. 99 da Lei n. 10.741/2003.

Tipo objetivo

A conduta consiste no abuso dos meios de correção e disciplina pelo agente, de forma a expor a perigo a vida ou a saúde da vítima. Trata-se de crime de ação múltipla, conteúdo variado ou tipo misto alternativo.

Pode-se afirmar que o tipo penal em estudo constitui um crime de forma vinculada, pois a colocação em risco da saúde ou da vida da vítima deve conformar-se às condutas especificadas na descrição típica.

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo, não havendo previsão de figura culposa. Necessário para a configuração do delito o chamado *animus corrigendi vel disciplinandi*, ou seja, a inflição dos maus-tratos deve dar-se com o objetivo de "educação, ensino, tratamento ou custódia".

Cabe lembrar que no caso de custódia, tratando-se de pessoa presa ou submetida a medida de segurança, os maus-tratos configuram crime especial de tortura (art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/97). Essa mesma legislação prevê uma modalidade de tortura muito assemelhada aos maus-tratos, abrangendo pessoas que estejam sob a guarda, poder ou autoridade de outrem. Neste caso a inflição de maus-tratos, mediante emprego de violência ou grave ameaça, provocando "intenso sofrimento físico ou mental" como modalidade "de castigo ou medida de caráter preventivo", configurará também crime especial de tortura previsto no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97. Na verdade a diferença entre os crimes de maus-tratos (art. 136, CP) e tortura (art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97) é apenas de grau, ou seja, os maus-tratos ficarão reservados para condutas menos intensas, e o crime de tortura será aplicado aos casos mais gravosos.

Consumação e tentativa

O crime se consuma com a efetiva criação do perigo para a vida ou a saúde da vítima. Não há necessidade de dano efetivo a tais bens jurídicos. A tentativa é possível nas condutas comissivas.

Formas qualificadas

Segundo disposto no art. 136, §§ 1º e 2º, CP, o crime de maus-tratos se qualifica quando ocorrerem os resultados lesões corporais graves ou morte. Tais resultados devem advir de conduta preterdolosa.

Ação penal

Pública incondicionada.

Rixa (art. 137, CP)

Conceito

A rixa é uma briga tumultuosa envolvendo três ou mais pessoas no bojo da qual há vias de fato e violências recíprocas de tal forma que não seja possível determinar a autoria das agressões e lesões ocorridas.

Objetividade jurídica

Tutelam-se a incolumidade da pessoa e a ordem pública por via indireta. É importante salientar que o crime de rixa tem certo caráter subsidiário, isso no sentido de evitar a impunidade em casos nos quais fique difícil determinar a autoria das lesões em meio a uma confusão, evitando com o dispositivo a total impunidade.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Trata-se de crime plurissubjetivo ou de concurso necessário, só se caracterizando quando há participação de pelo menos três pessoas. Para a configuração do número mínimo de participantes são computados inclusive eventuais inimputáveis (menores, loucos etc.). Não importa que não se identifiquem todos os participantes, bastando a comprovação da ocorrência da rixa. Não entram porém na contagem as pessoas que intervêm na briga somente para separar os demais envolvidos.

Os sujeitos passivos nesse crime se confundem com os ativos. Os próprios

“rixentos” são vítimas, até mesmo aqueles lesionados durante o entrevero são autores do crime, o qual consiste em “participar de rixa”.

Tipo objetivo

A conduta é “participar da rixa”, praticando violência física contra as pessoas. Não importa se o indivíduo chega depois de iniciada a rixa ou sai antes do seu término; basta a participação.

Aquele que ingressa na rixa para separar os contendores não responde pelo crime. Mas, se o indivíduo ingressa numa rixa para separar os contendores e acaba se envolvendo nas agressões, responde normalmente pelo ilícito.

“Participar da rixa” implica em ação física, mas não necessariamente em contato físico entre as pessoas. Pode-se participar atirando pedras, paus e outros objetos de longe. Também pode ocorrer que alguém atue apenas externamente, gritando e incentivando a violência. Neste caso tal pessoa será “partícipe” do crime de rixa. Heleno Fragoso aponta para este fato, fazendo a distinção entre “participar da rixa” (autor do crime de rixa) e “participar do crime de rixa” (partícipe do crime de rixa) (FRAGOSO, 1977, p. 191). Em ambos os casos a responsabilização criminal é a mesma, qual seja, infração ao art. 137, CP.

Existe uma distinção doutrinária entre a rixa *ex improviso* (aquela que surge subitamente, sem planejamento) e a rixa *ex proposito* (aquela que é proposital, preparada). Em ambos os casos configura-se o crime normalmente.

Tipo subjetivo

É o chamado *animus rixandi*, somente havendo a figura dolosa no sentido de querer participar da rixa. Não existe figura culposa.

Consumação e tentativa

A rixa se consuma instantaneamente com o ingresso dos contendores. Não é possível a tentativa.

Legítima defesa na rixa

Será que é possível ocorrer legítima defesa na rixa?

Ensina a doutrina não ser possível a legítima defesa entre os “corrixantes”, ou seja, aqueles que participam da rixa na prática e sofrimento de agressões. Eles não podem beneficiar-se da excludente de antijuridicidade da legítima defesa.

Podem, no entanto, agir em legítima defesa própria ou de terceiro aqueles que ingressam na rixa para separar os contendores e desde que ajam nesse

sentido do início ao fim, nunca entrando simplesmente na troca de agressões. Poderão ainda agir em legítima defesa terceiros que não participam da rixa, mas são atingidos por acaso. Por exemplo, uma pessoa que passa pela rua e é colhida involuntariamente pelo tumulto ou a pessoa que tem sua casa invadida pelo rixentos.

Rixa qualificada

São dois casos que qualificam o crime de rixa: a ocorrência em seu bojo de lesões corporais graves ou morte.

Não importa indagar neste caso sobre a autoria das lesões graves ou da morte. Todos aqueles que participam da rixa respondem pelo crime qualificado, como diz a lei: “pelo fato da participação na rixa”. Se identificado o autor da lesão corporal grave ou morte, responde ele em concurso material pelos crimes de rixa qualificada e lesões graves ou homicídio.

No que tange à vítima da lesão grave, ela também responde pela rixa qualificada, desde que tenha sido também participante da rixa, isso porque, como dito anteriormente, os sujeitos ativos e passivos confundem-se neste delito. Logicamente, se a vítima não participou da rixa – por exemplo, apenas passava pelo local e foi atingida –, não responde por nada, é apenas vítima.

Com relação às qualificadoras do crime de rixa costuma a doutrina apresentar dois questionamentos, tendo em vista o momento do ingresso e saída do participante da rixa e os resultados mais gravosos:

a) Se um indivíduo participa de uma rixa e em dado momento vai embora, sendo que após sua saída ocorre lesão grave ou morte de alguém, ele responde pela qualificadora?

A resposta é positiva, pois sua participação teve alguma contribuição, ainda que indireta, no resultado.

b) E no caso do indivíduo que ingressa numa rixa após ocorridos os resultados lesão grave ou morte, não havendo outros a partir de seu ingresso?

Neste caso ele responde por rixa simples, vez que não há nexo causal entre a sua atuação e tais eventos gravosos.

No caso das qualificadoras não importa se ocorre apenas uma morte ou lesão grave ou várias. Há apenas uma rixa qualificada, devendo-se analisar essas circunstâncias na dosimetria da pena nos termos do art. 59, CP.

Ainda que a morte ou lesão grave tenha resultado de atuação em legítima defesa, por exemplo, de alguém que apenas passava pelo local e foi colhido pelo

entrevero ou de alguém que somente separava os contendores, a rixa é qualificada.

Essa morte ou lesão grave pode ser de qualquer pessoa, seja ela um rixoso, assistente, estranho ou mesmo alguém que tenta separar os contendores.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada, e o processo regula-se pela Lei n. 9.099/95, tendo em vista que a pena máxima, seja da rixa simples, seja da qualificada, não ultrapassa 2 anos.

Crimes Contra a Honra (arts. 138 a 145, CP)

Alguns conceitos básicos

O Código Penal prevê três modalidades de crimes contra a honra, a saber: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). Uma das questões mais importantes é saber diferenciar cada um desses crimes. Assim sendo, vejamos os conceitos: a) calúnia é a falsa imputação de *fato* criminoso a outrem; b) difamação é a imputação a alguém de *fato* ofensivo à sua reputação; c) injúria é a ofensa à dignidade ou decoro de outrem.

Verifica-se que nos dois primeiros (calúnia e difamação) atribui-se sempre um *fato* ofensivo da honra a uma pessoa. A diferença é que na calúnia o *fato* é criminoso e na difamação ele é apenas desonroso, imoral etc. Por seu turno, a injúria constitui não a atribuição de um *fato* (criminoso ou não), mas o mero xingamento, rotulação, palavreado ofensivo.

É importante salientar que existem previsões dos mesmos crimes contra a honra em diplomas legais específicos tais como o Código Penal Militar, Código Eleitoral e Código Brasileiro de Telecomunicações, além da Lei de Segurança Nacional. O conflito aparente de normas solucionar-se-á por meio do Princípio da Especialidade.

Outro ponto importante é que eventualmente a falsa atribuição de fatos criminosos pode ensejar algum crime contra a administração da justiça (arts. 339 ou 340, CP). Se a atribuição do crime dá ensejo à instauração de investigação policial ou processo judicial contra alguém, ocorre o crime de denunciação caluniosa, que é de ação penal pública e cuja pena é bem maior que a da calúnia (*vide* art. 339, CP). Em havendo apenas a comunicação falsa de um crime ou contravenção, sem atribuição a uma pessoa qualquer, há o crime de

“Comunicação falsa de crime ou contravenção” (art. 340, CP).

Note-se ainda que na calúnia o fato atribuído falsamente tem de ser previsto como *crime*. Se é atribuída falsamente a prática de uma *contravenção*, há crime de difamação, e não de calúnia. E mais, se da atribuição falsa da prática de uma contravenção decorre a instauração de investigação ou processo contra a vítima, há o crime de denunciação caluniosa, pois que prevista expressamente tal hipótese no art. 339, § 2º, CP.

A Lei n. 9.459/97 acrescentou um § 3º ao art. 140, CP. A partir de então, se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, a tipificação é diferenciada, inclusive com pena bem mais grave (reclusão de 1 a 3 anos e multa). Mais tarde o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) ainda acrescentou a esse mesmo parágrafo a proteção especial aos idosos e portadores de deficiência.

Sobre esse tema é importante ter em vista que o crime de injúria referente a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência é apenas um crime de injúria qualificada. Trata-se de uma modalidade especial de crime contra a honra, e não de crime de racismo. Os crimes de racismo são previstos na Lei n. 7.716/89.

Honra – algumas classificações importantes

a) *Honra dignidade* – diz respeito a atributos morais, de honestidade e bons costumes. Por exemplo, ofende-se a honra dignidade ao chamar uma pessoa de desonesta, estelionatária etc.

b) *Honra decoro* – diz respeito a dotes ou qualidades do homem e da mulher. Por exemplo, ofende-se a honra decoro ao chamar uma pessoa de feia, burra, ignorante etc.

c) *Honra subjetiva* – traduz a estima de si mesmo, o amor-próprio, o autorrespeito.

d) *Honra objetiva* – é a consideração para com o sujeito no meio social, o juízo que fazem dele na comunidade.

e) *Honra comum* – aquela que se refere a todos os homens.

f) *Honra especial ou profissional* – que se refere a determinados grupos ou categorias de pessoas. Por exemplo, chamar um militar de covarde, um médico de açougueiro, um advogado de coveiro de causas etc.

Objetividade jurídica

Os crimes contra a honra tutelam a incolumidade moral do ser humano, sua honra.

A doutrina costuma distinguir dentre as três modalidades aquelas que atingem a honra subjetiva ou objetiva. Assim vejamos: a) calúnia – honra objetiva; b) difamação – honra objetiva; c) injúria – honra subjetiva.

Sujeito ativo

Trata-se de crimes comuns que podem ser praticados por qualquer pessoa.

Sujeito passivo

Trataremos separadamente de cada crime, conforme segue:

Na calúnia

Sujeito passivo é todo ser humano capaz de cometer crimes. A doutrina predominante afirma a impossibilidade da prática de calúnia contra pessoa jurídica, de vez que esta não pode ser sujeito ativo de crimes. Hoje, entretanto, temos um elemento complicador desde que surgiu uma exceção com o advento da Lei n. 9.605/98 (Lei dos crimes ambientais), na qual é prevista a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica (art. 3º da Lei n. 9.605/98). No entanto, a pessoa jurídica continua não podendo ser vítima de crimes contra a honra, ainda que se lhe atribuam falsamente crimes ambientais, os quais pode cometer. Isso porque os crimes contra a honra são espécies de “crimes contra a pessoa” (pessoa humana). Nestes casos somente os dirigentes da pessoa jurídica afetada poderão ser vítimas. Anote-se que há entendimento de que as pessoas jurídicas poderiam ser vítimas de crimes contra a honra. Adalberto Camargo Aranha, por exemplo, defende esta tese em monografia sobre o tema. Não obstante, em seu texto afasta a possibilidade da prática de calúnia contra pessoa jurídica. O autor, porém, embasa sua conclusão tão somente na assertiva de que as pessoas jurídicas não podem ser sujeitos ativos de crimes, o que poderia ser excepcionado pelo art. 3º da Lei n. 9.605/98 (ARANHA, 2000, p. 34-35).

Diverge ainda a doutrina, mas a conclusão mais coerente é de que os inimputáveis também podem ser vítimas de calúnia, mesmo porque a lei fala em “imputar fato definido como crime”, e não simplesmente “crime”.

Também não importa se o sujeito passivo é um criminoso, desde que aquela imputação específica seja falsa.

A calúnia contra os mortos é punível nos termos expressos do art. 138, § 2º, CP. Obviamente o morto não é o sujeito passivo, mas sim sua família interessada

na preservação de sua memória.

Na difamação

Também pode ser sujeito passivo qualquer ser humano, mesmo menores ou doentes mentais. A pessoa jurídica também não pode ser sujeito passivo, conforme nosso entendimento, uma vez que se trata de crime contra a pessoa. Porém a questão da pessoa jurídica é controvertida, havendo decisões jurisprudenciais em sentido positivo.

Não é prevista a difamação contra os mortos, sendo, portanto, figura atípica. Eventualmente se os familiares do morto forem ofendidos reflexamente em sua honra poderá configurar-se crime de difamação.

Na injúria

Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo. A pessoa jurídica, segundo nosso entendimento, também não pode ser vítima de injúria pelos mesmos motivos já expostos.

Consumação e tentativa

Nos três crimes somente é possível a tentativa pela forma escrita. Quanto à consumação esta difere: a) na calúnia e difamação só há consumação se o fato chega ao conhecimento de terceiros; b) na injúria há consumação quando o próprio sujeito passivo toma conhecimento da ofensa.

Propalação ou divulgação

No caso da calúnia, o legislador, no art. 138, § 1º, CP, pune com as mesmas penas quem propala ou divulga. Na difamação e injúria não há dispositivo similar, sendo possível, porém, que aquele que divulga, no caso da difamação, possa incidir na prática de nova difamação.

Exceção da verdade (*exceptio veritatis*)

A exceção da verdade é um meio de defesa para as pessoas a quem seja imputada a prática de um crime contra a honra. Por meio dela procurar-se-á demonstrar que aquilo que foi dito com relação à suposta vítima de crime contra a honra nada mais é do que a verdade. No entanto, a exceção da verdade não é livremente admitida, variando seus limites de acordo com cada tipo penal:

a) *Na calúnia* – é admissível em regra, apenas excepcionando-se os casos elencados no art. 138, § 3º, CP.

b) *Na difamação* – em regra não cabe a exceção da verdade. Cabe excepcionalmente no caso do art. 139, parágrafo único, CP, "se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções", pois nesse caso a administração tem interesse de fiscalização. Observe-se que no caso do Presidente da República nunca cabe exceção da verdade, nem mesmo na difamação.

c) *Na injúria* – nunca cabe a exceção da verdade.

Algumas disposições específicas da injúria

Provocação ou retorsão

O art. 140, § 1º, CP, prevê duas hipóteses de perdão judicial: I – quando o ofendido provocou diretamente a injúria; II – retorsão imediata que consista em outra injúria.

Injúria real

Prevista no art. 140, § 2º, CP. São exemplos: bofetada, corte ou puxão de barba, rasgar as roupas da pessoa, atirar excremento ou sujeiras, atirar ovos etc. Nesses casos a injúria consiste em uma agressão física de caráter ofensivo à honra da pessoa. Com relação a eventuais lesões corporais (art. 129, CP) há concurso material e com relação às vias de fato (art. 21, LCP) são elas absorvidas.

Disposições comuns dos crimes contra a honra

Causas de aumento de pena (art. 141, I, II, III e IV, parágrafo único, CP)

As penas dos crimes contra a honra sofrem um aumento da ordem de um terço nos seguintes casos:

a) Art. 141, I, CP – crime praticado contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro.

No caso do Presidente da República é preciso atentar que pode haver crime da Lei de Segurança Nacional (art. 26), mas somente quando o crime contra a honra tem fim de abalar a Segurança Nacional, sendo aplicável o dispositivo nos demais casos que configuram crime comum.

b) Art. 141, II, CP – contra funcionário público em razão das funções. Neste caso o aumento se justifica, tendo em vista que não há apenas o atingimento da honra da pessoa individualmente, mas também a honorabilidade e

respeitabilidade da Administração Pública. Tenha-se sempre em vista que não basta para configurar o aumento o fato de ser o ofendido funcionário público, necessitando que a ofensa se dê em razão das funções.

c) Art. 141, III, CP – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria. Neste inciso, para configurar várias pessoas deve haver uma quantidade considerável, como no caso de uma plateia em um espetáculo, numa palestra, numa sala de aula etc. Ainda nesse inciso, o meio que facilite a divulgação pode ser, por exemplo: impressos, alto-falantes, fotos, filmes, cartazes etc. Antes da declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa pelo STF, não podia o meio ser jornal, revista, rádio ou TV, pois nesses casos haveria configuração de Crime de Imprensa. Atualmente, com a referida manifestação do STF, a causa de aumento de pena pode ser normalmente aplicada nesses casos. Deve-se apenas atentar, nos casos do rádio e TV, para as tipificações especiais do Código Brasileiro de Telecomunicações.

d) Art. 141, IV, CP – contra pessoa maior de 60 anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. Este inciso foi acrescentado pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), tendo por escopo ensejar uma maior proteção aos idosos e aos portadores de deficiência, bem como repudiar com maior eloquência atitudes preconceituosas. Note-se que é excetuado o caso da injúria, para a qual tal aumento de pena é inaplicável. Isso se deve ao fato de que o mesmo diploma legal acima mencionado também acrescentou como figuras de injúria qualificada pelo preconceito o fato de a ofensa ser relacionada com as condições de pessoa idosa (maior de 60 anos) ou portadora de deficiência. Nesses casos o agente já responderá pelo crime qualificado, com pena consideravelmente mais gravosa nos termos do art. 140, § 3º, CP, de modo que a aplicação do aumento de pena previsto no inciso em estudo configuraria *bis in idem*.

e) Art. 141, parágrafo único, CP – as penas são aplicadas em dobro se o agente atua movido por interesse pecuniário (paga ou promessa de recompensa).

Exclusão de crime (art. 142, I, II e III, CP)

O art. 142, CP, em seus três incisos, alinha os casos em que a injúria ou a difamação não são puníveis. Por óbvio, à calúnia não se aplicam os citados dispositivos.

a) Art. 142, I, CP – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador. As partes ao digladiarem em juízo devem contar com

um mínimo de liberdade para manifestação de seus pontos de vista, ainda que sejam em certa medida ofensivos em relação aos demais envolvidos no processo. Por exemplo, um advogado deve ter liberdade para externar os motivos que o levam a aduzir a suspeição do juiz para determinado processo, sob pena de ser cerceado o exercício de sua profissão (art. 133, CF). Embora a lei fale somente da discussão da causa em juízo, pensamos que por uma interpretação extensiva do dispositivo deve abranger toda atuação do advogado, inclusive em processos administrativos, inquéritos policiais etc. Destaque-se, porém, que esta excludente de punibilidade não é ilimitada, de modo que pode haver abusos que devem ser analisados com bom-senso em cada caso concreto.

b) Art. 142, II, CP – a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar. A crítica deve realmente ser livre, pois caso contrário não teria razão de existir. Ela é salutar e propicia o desenvolvimento e aprimoramento das atividades que tem por objeto. Malgrado isso, também aqui há que considerar que pode haver abusos a impedirem a aplicação da norma excludente, configurando-se normalmente o crime. Neste caso específico a lei é inclusive expressa a respeito, ao ressalvar a hipótese de ser "inequívoca a intenção de injuriar ou difamar".

c) Art. 142, III, CP – o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento do dever de ofício. Também neste caso há que se reservar alguma liberdade ao funcionário encarregado de emitir apreciações ou informações no cumprimento de seus deveres, sob pena de tornar sua função desprovida de utilidade.

Finalmente vale ressaltar que o parágrafo único do art. 142, CP, estabelece que nos casos dos incisos I e III responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade. É claro que a divulgação voluntária e descabida do conteúdo de uma discussão judicial ou de uma deliberação funcional não pode encontrar abrigo nas excludentes. No entanto, deve-se atentar para o fato de que a atuação do sujeito, para configurar crimes contra a honra, deve ser dolosa, de maneira que pretenda com a divulgação atingir a honra das pessoas implicadas, ou seja, atua sem justa causa. Isso porque não se pode olvidar o Princípio da Publicidade, que orienta os processos judiciais e administrativos em geral. O dispositivo não menciona o caso do inciso II porque a crítica (literária, artística ou científica) abriga em sua própria natureza a divulgação, de modo que não pode ser apenado aquele que divulga tais manifestações no exercício natural dessa atividade.

Retratação (art. 143, CP)

Retratar-se significa desdizer-se, declarar que errou, retirar o que disse, sendo causa de extinção de punibilidade nos termos do art. 107, VI, CP. Porém, a retratação não é aplicável a todo e qualquer caso de crime contra a honra. Em primeiro lugar ela só se aplica aos casos de ação penal privada, já que o art. 143 menciona a palavra "querelado". A retratação também só se aplica à calúnia e à difamação. Não tem cabimento na injúria, uma vez que esta atinge a honra subjetiva primordialmente, de maneira que a retratação não teria o condão de reparar o mal ocasionado. Nos casos de calúnia e difamação que têm como objeto a honra objetiva, a retratação pode ocasionar um efeito reparador da reputação da vítima no seio social.

Havendo coautores, a retratação de um deles não aproveita aos outros. Ademais, ela deve ser cabal, completa, não servindo a parcial ou condicional. A retratação não depende de aceitação do ofendido.

Pedido de explicações (art. 144, CP)

O pedido de explicações é cabível quando há dúvida sobre a intenção de ofender ou a quem se queria ofender. Trata-se de medida preparatória e facultativa na qual o juiz só decide sobre a satisfatoriedade ou não das explicações, mas não há condenação ou pré-julgamento.

Poderão ocorrer duas situações: a) se o juiz considera as explicações satisfatórias, a ação penal não pode ser intentada por falta de justa causa; b) se o juiz considera as explicações insatisfatórias ou elas não são apresentadas, cabe ao ofendido intentar a ação penal respectiva.

É importante ressaltar que o juiz não profere decisão no pedido de explicações. Ele será objeto de análise somente posteriormente no processo-crime, no momento da sentença.

Ação penal (art. 145 e parágrafo único, CP)

Em regra a ação penal nos crimes contra a honra é privada. Atualmente a Lei n. 9.099/95 pode ser aplicada aos crimes contra a honra (art. 61 da Lei n. 9.099/95). Excetuam-se a calúnia com aumento de pena (art. 138 c/c 141, CP) e a injúria por preconceito (art. 140, § 3º, CP), vez que nestes casos a pena máxima ultrapassa 2 anos. A difamação, a injúria e mesmo a injúria real, ainda que com aumento de pena, configuram infrações penais de menor potencial ofensivo, pois mesmo com o eventual acréscimo não ultrapassam o patamar máximo de 2 anos. Também a calúnia simples tem pena máxima de 2 anos, não

fugindo do conceito de infração de menor potencial ofensivo.

São exceções em que a ação penal é pública:

a) Pública incondicionada, nos casos de injúria real com lesões corporais (art. 145, CP). Para isso deve sofrer a vítima lesões corporais, ainda que leves, pois se houver apenas vias de fato o crime continua sendo normalmente de ação penal privada.

A doutrina tem revisto a interpretação desse dispositivo do Código Penal, considerando a modificação dessa situação com o advento da Lei n. 9.099/95, que estabeleceu que o crime de lesões corporais leves seria de ação penal pública condicionada a representação (art. 88 da Lei n. 9.099/95). Tratando-se então de injúria real com lesões *leves*, a ação penal deveria tornar-se pública sim, mas condicionada a representação do ofendido. Somente continuariam sendo de ação penal pública incondicionada os casos de injúria real com lesões corporais de natureza grave ou gravíssima.

b) Pública condicionada

b.1 – A requisição do Ministro da Justiça nos casos do art. 141, I, CP. São os casos em que a vítima é o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro. O condicionamento da ação penal deve-se a razões de ordem política que podem orientar a oportunidade ou conveniência da ação penal. Observe-se que no caso do Presidente da República, se tratar-se de crime contra a Segurança Nacional, a ação penal será pública incondicionada.

b.2 – A representação do ofendido no caso do art. 141, II, CP. Este é o caso em que a vítima é funcionário público e a ofensa refere-se ao exercício de suas funções. Sobre o tema há a Súmula 714 do STF, que estabelece o seguinte:

> É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada a representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

Assim sendo há duas orientações: a legal, que estabelece a ação penal pública condicionada para tais casos, e a construção pretoriana, que permite a alternativa entre a ação penal pública condicionada e a ação penal privada intentada diretamente pelo próprio ofendido por meio de seu advogado.

Observe-se que no caso do funcionário público, para que a ação penal possa ser pública condicionada, a ofensa deve ser irrogada em razão das funções, caso contrário será normalmente privada.

b.3 – A representação do ofendido nos casos de injúria qualificada pelo preconceito, de acordo com o art. 140, § 3º, CP. A Lei n. 12.033, de 29 de setembro de 2009, acrescentou uma parte final no parágrafo único do art. 145, CP, estabelecendo que doravante a ação penal seja pública condicionada à representação nesses casos.

Observações importantes

1) Autocalúnia não é crime, a não ser no caso de configurar autoacusação falsa (art. 341, CP).
2) Atribuir a alguém a prática de Contravenção Penal não infamante – por exemplo, dirigir embarcação em águas públicas sem habilitação –, não caracteriza difamação porque não atinge a honra.
3) Na difamação não interessa se o fato é verdadeiro ou falso, pois pretende-se evitar que um se arvore em censor do outro.
4) Injúria contra funcionário público no exercício ou em razão das funções configura desacato (art. 331, CP).
5) Injúria contra morto, dependendo do caso (ex.: cuspir ou esbofetear o defunto), pode configurar vilipêndio a cadáver (art. 212, CP).
6) O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) previu em seu art. 105 a conduta criminosa de "exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso". A pena prevista é de detenção de 1 a 3 anos e multa. Esse tipo penal parece não tutelar a honra individual, mas sim aquela que se refere ao idoso considerado como categoria ou grupo social. Assim sendo, distingue-se dos demais crimes contra a honra previstos no Código Penal e legislações especiais porque abrange condutas que depreciem ou atinjam a honra da "pessoa do idoso" considerada como categoria abstrata, e não pessoa(s) determinada(s). Quando um idoso em específico seja atingido diretamente pela ofensa, configurar-se-á crime contra a honra com aumento de pena nos termos do art. 141, IV, CP; 140, § 3º, CP (idoso) ou infração prevista em outros diplomas específicos (*v.g.* Código Penal Militar, Código Brasileiro de Telecomunicações etc.).

Constrangimento Ilegal (art. 146, CP)

Conceito

Consiste no ato de constranger alguém, por meio de violência ou grave ameaça, ou reduzindo por qualquer meio a capacidade de reação, a deixar de fazer o que a lei autoriza, ou a fazer o que ela não determina.

Objetividade jurídica

Tutela-se a liberdade individual.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode cometer o crime de constrangimento ilegal, pois se trata de crime comum. No caso do funcionário público que abusa de sua autoridade, deve-se atentar para o disposto na Lei n. 4.808/65, bem como, eventualmente, para possível incidência de crime de tortura previsto na Lei n. 9.455/97.

Sujeito passivo

Vítima deste crime poderá ser qualquer pessoa com poder de autodeterminação. Note-se que essa capacidade de autodeterminação não se confunde com a capacidade jurídica. Bastará para que alguém possa ser vítima de constrangimento ilegal que a pessoa tenha capacidade de querer, independentemente de sua capacidade civil, por exemplo. Somente não poderão ser sujeitos passivos os doentes mentais sem qualquer capacidade de discernimento, o embriagado total, criança de pouca idade etc. Nestes casos desaparece o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, qual seja, a liberdade individual.

Tipo objetivo

O verbo do tipo é “constranger”, ou seja, obrigar, coagir, forçar a vítima a fazer ou deixar de fazer algo que a lei não determina.

A pretensão do agente deve ser ilegítima e ele deve ter consciência disso. Acaso sua pretensão seja legítima ou, mesmo que ilegítima, tenha o agente o entendimento de que age de maneira a satisfazer uma pretensão legítima, configurado estará o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP).

Os meios executórios do crime em discussão são a violência (violência física), a grave ameaça (violência moral) ou a redução da capacidade de resistência da vítima (violência imprópria).

Discute-se na doutrina sobre a caracterização ou não do crime quando o

agente obriga a vítima a não perpetrar atos considerados imorais.

Há autores que defendem a tese de que, em sendo os atos obstados imorais, não deve haver punição criminal (*v.g.* Bento de Faria, no Brasil; Florian e Maggiore, na Itália). No entanto, prevalece o entendimento de que ocorre, sim, o crime quando alguém é constrangido a não praticar simplesmente um ato imoral, como, por exemplo, a prostituição (*v.g.* Manzini, Mirabete, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Damásio E. de Jesus, Luiz Regis Prado, Fernando Capez, Cezar Roberto Bitencourt, Nelson Hungria, Magalhães Noronha). O entendimento contrário não faz a devida diferenciação entre as esferas do Direito Penal e da Moral, o que pode ser muito perigoso, resultando em terríveis arbitrariedades.

Agora, tratando-se do impedimento da prática de ação ou omissão ilegais e não meramente imorais, dúvida não resta quanto à não configuração do delito de constrangimento ilegal. É que neste caso não há que se falar em um "direito de delinquir".

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, sendo indispensável também, como já exposto acima, a consciência da ilegitimidade da pretensão. Não existe a figura culposa.

Consumação e tentativa

Trata-se de crime material, o qual exige para sua consumação que a vítima se submeta à vontade do agente, fazendo ou deixando de fazer algo em virtude do constrangimento. É possível a tentativa.

Causas de aumento de pena

No art. 146, § 1º, CP são previstos dois casos de aumento de pena: a) quando o crime é cometido por mais de três pessoas; b) quando há emprego de armas.

Falando a lei em crime cometido por mais de três pessoas, entrarão no cômputo para totalizar o mínimo de quatro pessoas inclusive inimputáveis que atuem com o autor do ilícito. Assim também não importará se não forem identificados todos os participantes do crime, mas, havendo sido comprovada a participação de mais de quatro pessoas, a causa de aumento de pena estará perfeita em relação aos identificados.

Há dissidência na doutrina quanto a entrarem no cômputo somente os coautores ou também os meros partícipes. Alguns autores afirmam que somente

devem ser computados os coautores, sendo que aqueles que somente atuam incentivando ou auxiliando externamente a conduta não servem para configurar o número mínimo exigido pela causa de aumento de pena. Isso porque, embora a lei fale em "reunião" de mais de três pessoas, exige que tal se dê "para a execução do crime", de maneira que a mera participação, por exemplo, no planejamento, não serviria para a entrada no número mínimo de pessoas exigido pela lei. Neste sentido manifestam-se Flávio Augusto Monteiro de Barros, Mirabete, Cezar Roberto Bitencourt, Paulo José da Costa Júnior e José Henrique Pierangeli. Há, porém, quem entenda que os partícipes também entram na contagem, vez que o tipo penal fala na "reunião" de mais de três pessoas, e não na efetiva execução do crime por mais de três pessoas. Dessa forma, havendo o grupo se reunido para a prática do crime, ainda que alguns somente participem do planejamento e não da execução direta, estes também deverão entrar na contagem para a configuração da causa de aumento em estudo. Neste sentido: Fernando Capez. Embora fique claro que o entendimento predominante na doutrina é o de que há necessidade da efetiva execução do crime para que se possa computar no número de agentes, afiliamo-nos ao segundo entendimento. Justifica-se: o tipo penal, com sua redação dúbia, enseja ambas as interpretações acima expostas. Realmente fala-se em reunião para a execução do crime. Dessa forma, viável é o entendimento de que exija a lei a efetiva execução para que se possa computar no número mínimo. Da mesma forma não é desprezível a interpretação de que a mera reunião para o fim de executar o crime já basta. Em nosso entendimento, o que deve solucionar a questão é a razão de ser da qualificadora. Ela existe visando a repressão mais rigorosa, tendo em vista o maior poder de coerção e eficiência na ação daqueles que agem em grupo. Esse maior poder pode derivar não somente da força bruta, mas também de um melhor planejamento da ação criminosa, de uma melhor alocação de meios de execução etc. Assim sendo, o alijamento do partícipe que pode muitas vezes atuar de forma bastante decisiva, incrementando o potencial lesivo da conduta, não nos parece a melhor solução, embora seja aquela que predomina.

Utilizando-se a norma da palavra "armas" (plural), isso não significa que haja necessidade do emprego de mais de uma arma. O plural é utilizado neste aspecto apenas para indicar o gênero.

A arma simulada ou de brinquedo não serve para configurar a causa de aumento de pena em questão. Embora o tema seja controvertido, devendo ser analisado com mais vagar no estudo do crime de roubo, parece que o cancelamento da Súmula 174, STJ, que previa a configuração da qualificadora

similar para o crime de roubo com emprego de arma de brinquedo ou simulacro, somente pode conduzir à conclusão supramencionada numa interpretação *contrario sensu*. No entanto quaisquer armas (próprias ou impróprias, brancas ou de fogo) servirão para a configuração do aumento de pena.

Quando a lei diz que “as penas aplicam-se cumulativamente e em dobro”, significa que o juiz deverá aplicar a pena de detenção e a pena de multa, ao passo que o tipo penal simples apresenta-se em seu preceito secundário sob forma alternativa e não cumulativa.

Distinção e concurso de crimes

O crime de constrangimento ilegal é subsidiário, de forma que quando em conflito com outros ilícitos de maior gravidade não prevalece. Por exemplo, no caso do constrangimento de mulher à prática de conjunção carnal, haverá o crime de estupro, e não o constrangimento ilegal. Também em se tratando de constrangimento mediante violência ou grave ameaça, que causem sofrimento físico ou mental, com o fim de obter confissão, informação, declaração da vítima ou de terceira pessoa ou ainda devido a preconceito racial ou religioso, configurar-se-á o crime de tortura, e não o de constrangimento ilegal. O rol de exemplos poderia prosseguir de forma bastante ampla. No entanto, é importante somente salientar que nos casos em que houver um crime específico e de maior gravidade para o constrangimento perpetrado, em face da subsidiariedade, ficará afastado o crime de constrangimento ilegal.

Somente haverá exceção a esse regramento no caso das lesões corporais em vista do disposto no § 2º do art. 146, CP, que determina expressamente a aplicação da regra do concurso material, estabelecendo: “além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência”. Note-se, porém, que a ameaça ficará absorvida, bem como as vias de fato.

Exclusão de crime

O § 3º do art. 146, CP, estabelece que não constitui constrangimento ilegal: a) a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; b) a coação exercida para impedir suicídio.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

Ameaça (art. 147, CP)

Conceito

A ameaça é a promessa de um mal injusto e grave feita a alguém, de forma a atingir sua liberdade psíquica. O tipo penal prevê a ameaça feita por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar mal injusto e grave a alguém.

Objetividade jurídica

Protege-se a liberdade psíquica da pessoa.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, pois trata-se de crime comum.

Sujeito passivo

Também qualquer pessoa poderá ser sujeito passivo de ameaça.

Tipo objetivo

O verbo do tipo é “ameaçar”. No caso, ameaçar alguém de um mal injusto e grave.

Questão controversa na doutrina é aquela que versa sobre a necessidade de que o mal prenunciado na ameaça seja futuro. Alguns autores entendem que o crime somente se configura quando o mal ameaçado é futuro. Se o mal for presente ou iminente (“ameaça em ato”), descaracterizado estaria o crime de ameaça. Neste sentido: Celso Delmanto. No entanto, há quem entenda que o mal pode ser futuro ou mesmo presente ou iminente, já que o tipo penal não faz nenhuma distinção ou restrição. Neste sentido: Ney Moura Teles, Damásio E. de Jesus, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Manzini, Piromallo, Nelson Hungria, dentre outros.

Parece-nos mais correto o segundo entendimento, o qual inclusive predomina. Apenas deve-se ter em conta o devido cuidado com a acepção que se pretenda imprimir à palavra “presente”. Note-se que acaso um mal, por exemplo, de agressão física, seja ameaçado contra alguém em meio a uma discussão, sendo que neste mesmo momento a dita agressão se concretize, ocasionando lesões na vítima, ficará afastado o crime de ameaça, o qual será absorvido pelas lesões corporais. É claro que qualquer ameaça é sempre de um mal “futuro”, senão não seria uma ameaça, e sim um ato concreto. Quando se fala em

caracterização do crime de ameaça, referindo-se a ameaças presentes, pretende-se referir a situações em que o autor do crime promete agir naquele momento ou muito próximo no tempo. Nestes casos não há por que afastar o crime de ameaça. Inclusive se o mal for muito remoto, aí sim é que estará descaracterizado o ilícito sob comento.

Tipo subjetivo

O crime de ameaça somente existe na forma dolosa. Tem havido discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à ameaça dever ser proferida com ânimo calmo, refletido, e não em meio a um acesso de raiva ou cólera. A mesma discussão existe com referência ao embriagado que ameaça outrem. Mirabete apresenta diversas decisões pretorianas em ambos os sentidos, ora reconhecendo a descaracterização do crime por exigência do ânimo calmo e refletido, ora apontando para a configuração do ilícito, tendo em vista que, nos termos do art. 28, I e II, CP, nem a emoção, nem a embriaguez excluem a imputabilidade penal (MIRABETE, 2011, p. 186; BARROS, 1997, p. 238).

Em nosso entendimento, razão assiste àqueles que defendem a tese de que nem a emoção nem a embriaguez, necessariamente, devem descaracterizar o crime de ameaça. Não há qualquer motivo para que não se leve em consideração a ameaça proferida por alguém que esteja emocionalmente abalado. Aliás, muitas vezes esse envolvimento emocional é que revela a seriedade da ameaça e causa temor à vítima. Também o embriagado pode proferir ameaças que sejam verossímeis e que possam incutir perturbação ao sujeito passivo, atingindo o bem jurídico tutelado. Apenas deve haver o cuidado de pautar-se pelo bom-senso, percebendo-se os casos em que a ameaça proferida nessas situações não passa de uma bravata ou inconsequência de um ébrio.

Consumação e tentativa

Trata-se de crime formal que se consuma no momento em que o sujeito passivo toma conhecimento da ameaça. O delito se consuma independentemente da efetiva intimidação da vítima. Sendo crime formal, a tentativa em regra não é possível, a não ser na forma escrita.

Ação penal

A ação penal é pública condicionada a representação, conforme dispõe o art. 147, parágrafo único, CP. O crime de ameaça é infração de menor potencial ofensivo, aplicando-se-lhe o procedimento previsto na Lei n. 9.099/95.

Sequestro ou Cárcere Privado (art. 148, CP)

Conceito

Consiste a figura criminosa numa espécie de constrangimento ilegal em que se tolhe a liberdade de locomoção da vítima, mediante sequestro ou cárcere privado.

Neste ponto impende destacar que a doutrina tem apontado uma diferenciação entre as figuras do sequestro e do cárcere privado. Embora alguns autores cheguem a equiparar ambas as figuras, a distinção tem sido feita com base no grau de privação da liberdade imposto à vítima. Nos casos de sequestro a privação seria mais moderada, de maneira que o ofendido teria certa liberdade de locomoção, embora esteja tolhido. Um exemplo seria uma pessoa refém em uma ilha deserta e sem meios de chegar ao continente. Já nas situações configuradoras de cárcere privado, a coerção sobre a liberdade de locomoção da vítima seria praticamente absoluta, como, por exemplo, na conduta de manter a vítima confinada em um quarto, presa em uma cela, num buraco etc.

Objetividade jurídica

O bem jurídico protegido é a liberdade de ir e vir. Em certas circunstâncias o consentimento da vítima afasta o crime, como, por exemplo, no caso da mulher que livremente consente em não sair de casa sem o marido ciumento ou do religioso que se enclausura em um mosteiro. Mesmo nestes casos o crime somente é afastado enquanto perdurar o consentimento, já que se em algum momento a pessoa resolver mudar de atitude e for impedida ocorrerá o delito.

Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, de forma que qualquer pessoa pode cometer, tirante o funcionário público no exercício ou em razão das funções, o qual praticará crime especial de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65 – art. 3º, *a*, ou ainda art. 4º, *a*, *d* ou *i*). Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) prevê um tipo especial de abuso de autoridade em seu art. 230, consistindo na apreensão indevida de criança ou adolescente, fora dos casos de flagrante de ato infracional ou sem as formalidades legais. Mas o Estatuto da Criança e do Adolescente não para por aí na proteção conferida à liberdade dos jovens. Em seu art. 234 também apena a autoridade que se omite em determinar a imediata liberação de criança ou adolescente ilegalmente detido, tão logo tome conhecimento do fato. Prevê ainda outro tipo penal no art. 235 para aquele que

descumpre de forma injustificada prazo estabelecido na lei em prol de adolescente sujeito a privação da liberdade.

Sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo de sequestro ou cárcere privado. Cabe salientar que mesmo as pessoas privadas legalmente de sua liberdade podem ser vítimas do crime, desde que seja intensificada de forma injustificada a restrição, como, por exemplo, no caso de um colega de cela que obriga o outro a ficar somente em um certo compartimento. Note-se que nos casos de celas fortes, celas escuras ou solitárias impostas a detentos poderá configurar-se modalidade de crime de tortura previsto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/97. Destaque-se ainda, no que se refere à Lei de Tortura, que o sequestro, quando perpetrado para a finalidade de praticar crime de tortura, constitui causa de aumento de pena desse ilícito (aumento de um sexto a um terço), conforme disposto no art. 1º, § 4º, III, da Lei n. 9.455/97. Dessa forma, em casos que tais, o sequestro será absorvido pelo crime de tortura, com aumento de pena.

Acaso o sequestro ou cárcere privado seja cometido contra o Presidente da República, do Senado, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, configurar-se-á crime especial contra a Segurança Nacional (art. 28 da LSN – Lei n. 7.170/83).

Tipo objetivo

A conduta descrita no tipo penal consiste em “privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado”.

Pode parecer à primeira vista que a conduta criminal deve implicar, necessariamente, o transbordo da vítima de um local para outro onde permanecerá presa. No entanto, isso não corresponde à realidade. Pode ocorrer o chamado “Sequestro *per obsidionem*”, no qual o ofendido é retido no próprio local onde se encontra. Por exemplo, uma mulher que é mantida encarcerada em um quarto de sua própria casa pelo marido.

É possível o cometimento do crime por omissão quando, por exemplo, se retém uma pessoa internada que deveria receber alta e ser liberada.

Tipo subjetivo

Trata-se de crime doloso, e a vontade do agente deve ser dirigida à privação da liberdade da vítima mediante sequestro ou cárcere privado. Deve-se ainda atentar para certas distinções, pois que, se alguém sequestra outrem com a

finalidade de obter vantagem ilícita como preço ou resgate, configura-se o crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, CP). Antes da Lei n. 11.106/2005, se a privação da liberdade fosse com fim libidinoso contra mulher honesta, haveria o crime de rapto violento (art. 219, CP). No entanto, tal diploma legal revogou o art. 219, CP, e atualmente o fim libidinoso no sequestro configura qualificadora do próprio art. 148, § 1º, V, CP.

Cumpre salientar ainda que, se o sequestro se destina a fins políticos clandestinos ou subversivos, caracterizar-se-á crime contra a Segurança Nacional previsto nos arts. 20 ou 28 da Lei n. 7.170/83, dependendo da qualidade do sujeito passivo.

O erro exclui a culpabilidade – por exemplo, se uma pessoa é presa confundida com um criminoso procurado.

Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a privação da liberdade da vítima. Trata-se de crime permanente. Há discussão acerca do tempo de privação da liberdade. Alguns defendem a tese de que mesmo um tempo exíguo de privação da liberdade já seria suficiente para caracterizar a infração (*v.g.* José Henrique Pierangeli, Rivarola e Fernando Capez). Outros exigem que haja um lapso temporal considerável, juridicamente relevante, para que se possa dizer que houve lesão ao bem jurídico tutelado (*v.g.* Flávio Augusto Monteiro de Barros, Euclides Custódio da Silveira, Cezar Roberto Bitencourt, Bento de Faria e Paulo José da Costa Júnior). Afiliamo-nos ao segundo entendimento que tem predominado atualmente, vez que é importante ter em consideração o fato de que para que se possa falar em crime deve haver uma lesão efetiva e considerável ao bem jurídico tutelado na norma (Princípio da Insignificância).

A tentativa é plenamente possível quando, por exemplo, o agente tenta capturar a vítima que consegue resistir e fugir.

Crime qualificado

Hoje, tendo em conta as alterações da Lei n. 11.106/2005, prevê o Código Penal cinco circunstâncias qualificadoras no § 1º do art. 148, CP:

I. Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos. O reconhecimento desta qualificadora afasta a incidência do art. 61, II, *e*, CP (agravante genérica), que implicaria em *bis in idem*.

II. O crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou

hospital.

III. Se a privação da liberdade durar mais de 15 dias. Configura-se o que a doutrina tem denominado de “crime a prazo”, vez que a tipificação da qualificadora se faz condicionada ao decurso de um certo lapso temporal (BARROS, 1997, p. 248). Observe-se que na contagem do prazo de 15 dias inclui-se o dia do começo, de acordo com a norma do art. 10, CP.

IV. Se o crime é praticado contra menor de 18 anos. A idade da vítima deve ser aferida no momento do arrebatamento, ou seja, se o sequestro permanece por longo período de tempo e a vítima vem a completar 18 anos no cativeiro, isso é irrelevante para desconfigurar a qualificadora.

V. Se o crime é praticado para fins libidinosos. Note-se que, diferentemente do que ocorria com o antigo crime de rapto violento, o sujeito passivo do sequestro ou cárcere privado qualificado pelo fim libidinoso pode ser qualquer pessoa, não importando o sexo ou a conduta social.

No seguimento o Código Penal prevê ainda mais uma qualificadora, com pena específica no art. 148, § 2º, CP, quando resultar “à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral”.

Redução à Condição Análoga à de Escravo (art. 149, CP)

Conceito

Constitui o crime a redução de um ser humano à condição análoga à de escravo. Note-se que não se fala em “escravidão”, uma vez que esta como instituição já foi há bastante tempo abolida dos ordenamentos jurídicos. Portanto, menciona-se redução à “condição análoga”, ou seja, a uma situação semelhante ou similar àquela a que eram submetidos os escravos, sofrendo a exploração de sua força de trabalho, sem contraprestação e em condições degradantes.

Objetividade jurídica

Tutela-se a liberdade individual, o *status libertatis* do ser humano. Além disso também é objeto de tutela a dignidade da pessoa humana. Referindo-se a bem jurídico indisponível, torna-se irrelevante o consentimento do ofendido. Essa regra somente pode excepcionar-se nos casos em que, sem qualquer iniciativa do beneficiado, uma pessoa se coloca espontaneamente em condição

de servidão. Por exemplo, se uma mulher apaixonada resolve prestar serviços domésticos sem qualquer contraprestação ao homem objeto de seu carinho, o qual, por seu turno, não a obriga a isso, mas apenas aceita seus favores.

Sujeito ativo

O crime é comum, podendo ser perpetrado por qualquer pessoa, e não somente pelo empregador da vítima. Tanto isso é verdade que na casuística encontram-se nesses casos grupos de indivíduos que atuam em conjunto para completar a ação delituosa, por exemplo, pessoas responsáveis pelo aliciamento de trabalhadores (“gatos”), pela vigilância, pela exploração do trabalho, pelo controle das despesas etc.

Sujeito passivo

Qualquer ser humano, sem possibilidade de distinção de raça, sexo, idade ou qualquer outra, pode ser vítima do crime ora enfocado. Inclusive não importa em nada o grau de civilização em que se encontra a pessoa. Acaso se trate de criança ou adolescente, ou quando o crime é cometido em virtude de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, incidem as causas de aumento de pena previstas no art. 149, § 2º, I e II, CP.

Tipo objetivo

A conduta consiste em “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”. Isso significa tratar o ser humano como uma “coisa”, desconsiderando sua personalidade, sua individualidade e liberdade, tudo isso com o fito de explorar sua capacidade de trabalho sem contraprestação. Enfim, trata-se do chamado “plágio”, ou seja, da submissão de uma pessoa ao domínio de outra.

O crime em destaque era de forma livre, já que não elencava pormenorizadamente os meios de execução. Ocorre que com a Lei n. 10.803/2003 foi dada nova redação ao art. 149, CP, de maneira que passaram a ser enumeradas condutas específicas para a configuração criminal. Inobstante essa importante alteração, dando uma descrição mais específica e prestigiando o Princípio da Legalidade estrita, entendemos que o crime não se convolou em de forma vinculada, pois que todas as condutas ali descritas podem ser perpetradas por quaisquer meios idôneos, como, por exemplo, a violência, a grave ameaça, a fraude, o sequestro, a narcotização, o constrangimento moral daquele que considera suas supostas dívidas para com o empregador uma questão de honra etc.

Passemos a analisar cada uma das condutas ora previstas legalmente:

a) A primeira forma prevista é a submissão da vítima a trabalhos forçados, a jornada exaustiva ou a condições degradantes de trabalho. Para caracterização dessa modalidade a vítima deve ser privada da liberdade de escolher e de executar ou não determinada atividade laborativa, de tal forma que não possa se insurgir contra as determinações de terceiros. Observe-se que a jornada exaustiva mencionada na lei refere-se àquela que excede os limites razoáveis, incidindo em degradação da condição humana do trabalho. É óbvio que existem trabalhos que são exaustivos por sua própria natureza, mas não configuram a prática criminosa quando exercidos por alguém dentro dos limites da legislação trabalhista. Nem mesmo a simples desobediência das normas trabalhistas configurará a infração penal. Por exemplo, a adoção de uma jornada bem superior àquela legalmente estabelecida. A tipificação penal dependerá da ocorrência de uma submissão do empregado que lhe retire completamente a liberdade de escolha e de ação. Quanto às condições degradantes, têm sido consideradas aquelas que submetem a pessoa a humilhações, afrontando sua dignidade.

b) A segunda modalidade de conduta retrata prática aviltante e insidiosa contra o trabalhador costumeiramente adotada por aqueles que costumam submeter pessoas à exploração de sua força de trabalho. Refere-se à privação da liberdade de alguém em virtude de endividamento geralmente criado artificiosamente. A vítima é atraída ao posto de trabalho com promessas mirabolantes e vantajosas. Quando inicia o trabalho passa a ser obrigada a adquirir desde alimentos e vestimentas até instrumentos de trabalho, os quais geram um endividamento, com o empregador ou seus prepostos, de tal monta que aquilo que deveria receber como pagamento pelo trabalho não chega sequer para cobrir suas despesas. Dessa forma o empregado fica numa situação de submissão referente àquela dívida que o atrela ao empregador por um laço moral (a obrigação de quitar suas despesas) e, principalmente, por meio de coerção exercida por violência e grave ameaça, já que é impedido de deixar o posto de serviço sem haver quitado integralmente suas despesas.

c) Prevê ainda a lei duas modalidades de condutas equiparadas no § 1º do art. 149, CP, a saber:

I – cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de

documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Tipo subjetivo

O crime é doloso, não havendo previsão de figura culposa.

Consumação e tentativa

O crime se consuma quando a vítima torna-se dominada pelo sujeito ativo que cerceia sua liberdade. Trata-se de crime permanente, permitindo a prisão em flagrante enquanto perdurar a situação de cerceamento da liberdade da vítima. A tentativa é possível.

Algumas distinções importantes

Em algumas situações, inexistindo a redução da vítima à condição análoga à de escravo, mas, havendo constrangimento ou maus-tratos, podem configurar-se outros crimes como, por exemplo, os maus-tratos, constrangimento ilegal, sequestro ou cárcere privado, crime de tortura, frustração de direito assegurado por lei trabalhista etc.

Com relação ao trabalho excessivo ou abusivo durante a execução penal, impingido ao detento, pode haver configuração do crime de Abuso de Autoridade (Lei n. 4.898/65 – art. 3º, *i*, ou art. 4º, *a* e *b*).

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) prevê em seu art. 99 um crime específico que consiste em "expor a perigo a integridade e a saúde física ou psíquica do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos ou cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado". Deve-se observar, porém, que o referido tipo penal tem caráter subsidiário em relação ao art. 149, CP, já que sua pena é bem inferior.

Anote-se ao final que haverá casos de concurso material ou formal de delitos, já que o preceito secundário do art. 149, CP, expressamente determina a cumulação da pena correspondente à violência quando este for o meio escolhido pelo agente para perfazer as descrições típicas.

Violação de Domicílio (art. 150, CP)

Conceito

Consiste o crime na entrada ou permanência em casa alheia ou em suas

dependências clandestina ou astuciosamente ou contra a vontade expressa ou tácita do morador ou de quem de direito.

Objetividade jurídica

É tutelada pela norma em estudo a liberdade individual, sob o aspecto da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Note-se que o bem jurídico tutelado é disponível de forma que a aquiescência do morador implica em atipicidade da conduta.

Sujeito ativo

Trata-se de crime comum. Até mesmo o proprietário de um imóvel habitado por terceiros pode ser sujeito ativo, por exemplo, em caso de contrato de aluguel. A expressão “casa alheia” empregada pelo tipo penal pode dar a falsa impressão de que o proprietário não incidiria no crime. Entretanto, tenha-se em mente que a referida expressão deve ser interpretada não no sentido da relação meramente material entre o proprietário e o bem imóvel. Aqui a “casa alheia” refere-se ao abrigo, ao asilo inviolável do indivíduo, onde este exerce seu direito à intimidade. Dessa forma, mesmo o proprietário de um imóvel habitado por terceiros não tem o direito de violar a “casa alheia” no sentido de espaço reservado da intimidade e da vida privada das pessoas que ali moram.

Sujeito passivo

O sujeito passivo é o morador, ou melhor, o titular do direito de decisão quanto à entrada ou permanência de pessoas em sua casa. Neste passo é crucial perquirir quem é o titular do chamado *jus prohibendi*, especialmente em casos de mais de um morador. Para isso deve-se verificar se há uma relação de subordinação ou de igualdade entre moradores ou mesmo empregados ou servidores. Por exemplo, um porteiro somente tem autoridade para proibir ou permitir a entrada de pessoas de acordo com os ditames dos patrões. Quando um subordinado age clandestinamente pode inclusive incidir em participação no crime de violação de domicílio, tal qual ocorre com a empregada doméstica que recebe clandestinamente o amante em seu quarto na casa dos patrões. Numa família os pais exercem o direito de inclusão/exclusão, estando os filhos subordinados às suas decisões, desde que, obviamente, morem na casa daqueles. Já entre marido e mulher, por força de norma constitucional (art. 226, § 5º, CF), vigora o regime de igualdade, devendo a decisão ser tomada em conjunto ou deliberada por aquele que está presente no momento do fato na ausência do

outro. Entretanto, nas relações de igualdade, havendo conflito de vontades, deve prevalecer a proibição.

Indagação polêmica na doutrina é aquela que diz respeito à solução do caso do amante que entra na casa com o consentimento da adúltera, sem a aquiescência do marido traído. Cometeria ele (o amante) o crime de violação de domicílio? A questão ganha importância na atualidade com a revogação do crime de adultério, uma vez que na falta de configuração da violação de domicílio a conduta torna-se atípica, somente restando um ilícito civil.

Alguns defendem a tese de que o amante cometeria o crime de violação de domicílio, já que se poderia concluir que o marido não consentiria em sua entrada, a qual se dá de forma clandestina (*v.g.* Edgard Magalhães Noronha). Outros afirmam que não deve prevalecer a tipificação da violação ao art. 150, CP, a partir do momento em que a mulher permite a entrada na ausência do marido, já que nesta situação, havendo relação de igualdade, é a ela que cabe o exercício do *jus prohibendi* (*v.g.* Damásio E. de Jesus, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Fernando Capez, Bento de Faria e Cezar Roberto Bitencourt). Como se vê, esta segunda corrente vem prevalecendo na doutrina e inclusive o STF já decidiu neste sentido (*RTJ* 47/734). Afiliamo-nos também a este entendimento, uma vez que, conforme já anotado *supra*, na ausência de um dos titulares igualitários do *jus prohibendi* deve prevalecer a vontade daquele que está presente e, assim sendo, desaparece um elemento necessário à configuração do ilícito penal em estudo, qual seja, o dissenso de quem de direito quanto à entrada ou permanência no local.

Tipo objetivo

A conduta consiste em entrar ou permanecer clandestina ou astuciosamente ou contra a vontade de quem de direito em casa alheia ou em suas dependências.

O verbo “entrar” designa a atuação daquele que penetra na casa sem autorização. Sua atitude viola, desde o início, a vontade do morador. É necessário que haja uma introdução completa do corpo na habitação alheia. Se alguém fica sentado num muro ou introduz somente o pé ou a perna, haverá mera tentativa ou mesmo outro ilícito penal (*v.g.* a contravenção penal de perturbação da tranquilidade – art. 65, LCP).

Menciona a lei também a “permanência”, apontando para situação em que a entrada inicial teria sido permitida, mas em certo momento o morador teria determinado a retirada do *extraneus*, o qual insiste em permanecer no local contra a sua vontade.

Os meios de execução podem ser mediante o engodo do morador, de forma que ele não saiba da entrada ou permanência que se dão de forma clandestina ou astuciosa, ou então por meio de direto enfrentamento da vontade do morador, entrando ou permanecendo o autor do crime no local contra a vontade de quem de direito, sem qualquer preocupação em ocultar sua conduta. A afronta do direito de inclusão/exclusão nestes casos é explícita e direta.

Não é qualquer bem imóvel que pode configurar o crime em questão com sua violação. Para tanto, deve enquadrar-se no conceito de "casa" que constitui um elemento normativo do tipo. O conceito referido deve ser buscado no próprio § 4º do art. 150, CP, que se constitui em norma explicativa. De acordo com o dispositivo, compreende-se por "casa" o seguinte: a) qualquer compartimento habitado; b) aposento ocupado de habitação coletiva; c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Também tem o caráter de norma explicativa o § 5º do art. 150, CP, agora para excluir do conceito de casa algumas situações específicas: a) hospedaria, estalagem ou qualquer habitação coletiva, enquanto aberta, salvo os aposentos dos hóspedes; b) taverna, casas de jogos e outras do mesmo gênero.

Finalmente cabe observar que não se incluem no conceito restrito de casa os veículos (carros, caminhões etc.), de forma que a busca no interior destes é equiparada à busca pessoal, a não ser nos casos em que sirvam de moradia para as pessoas (*v.g. trailler*). Também a entrada em fazendas ou sítios não configura violação de domicílio, tirante os casos de entrada em suas sedes ou moradias existentes em seus terrenos.

Tipo subjetivo

Para configuração do crime sob o aspecto subjetivo basta o dolo de entrar ou permanecer na casa sem o consentimento do morador, não havendo necessidade de nenhum outro fim ilícito, de tal forma que se pode dizer que se trata de dolo genérico. O crime não apresenta modalidade culposa.

Consumação e tentativa

O crime de violação de domicílio é de mera conduta, bastando a simples entrada ou permanência ilícitas no local. Na modalidade de "entrar" o crime é instantâneo. Já na modalidade de "permanecer" o crime é permanente. Quando o agente entra e permanece no local não comete dois crimes, mas apenas um incidindo nos dois verbos típicos, como sói acontecer com os crimes de ação múltipla, conteúdo variado ou tipos mistos alternativos.

Há possibilidade de tentativa tanto nos casos do verbo “entrar” como nos do verbo “permanecer”.

Crime qualificado (art. 150, § 1º, CP)

O § 1º do dispositivo sob comento prevê cinco qualificadoras, a saber: a) crime cometido durante a noite; b) crime cometido em lugar ermo; c) crime cometido com emprego de violência; d) crime cometido com emprego de arma; e) crime cometido por duas ou mais pessoas.

No caso do crime cometido durante a noite justifica-se a exacerbação da reprimenda legal em face da maior vulnerabilidade da vítima nesses horários, o que facilita a atuação do criminoso. O conceito de noite é apurado pelo critério físico-astronômico, caracterizando-se pelo intervalo de tempo em que não há presença de luz solar. Neste caso não menciona a lei a expressão “repouso noturno” como ocorre no art. 155, § 1º, CP. Dessa forma pouco importa que os moradores estejam efetivamente repousando ou que seja o horário noturno normalmente utilizado para o descanso, bastando que seja noite.

O lugar ermo (deserto, sem vizinhança próxima, local solitário, desabitado) também impõe uma reação penal mais rigorosa pela mesma motivação *supra*, qual seja, a maior dificuldade da vítima em defender-se e obter socorro de terceiros, tornando-a mais vulnerável ao criminoso que, por seu turno, tem maior facilidade para o cometimento impune da infração.

O emprego de violência enseja maior rigor punitivo, tendo em vista a concomitante lesão a outros bens jurídicos como a integridade física e psíquica da vítima. A doutrina dominante aponta que a violência pode ser tanto empregada contra a pessoa como contra coisas (por exemplo, um arrombamento) (em contrário, DELMANTO, 2010, p. 323), uma vez que o legislador não fazendo distinção não caberia ao intérprete fazê-lo. Também se questiona se o termo “violência” abrangeria a grave ameaça, sendo a resposta predominante negativa. A violência ali mencionada seria somente a física, de modo que a ameaça somente seria levada em consideração com referência a eventual emprego de arma (em contrário, FARIA, 1961, p. 270). Por derradeiro anote-se que, se o agente ao empregar violência incide em outra conduta criminosa (dano, lesão corporal etc.), responde em concurso material de delitos, já que o preceito secundário do § 1º do art. 150, CP, é explícito quanto a tal solução. Não obstante, as vias de fato (art. 21, LCP) são absorvidas.

O crime perpetrado com emprego de arma também é qualificado, considerando o maior poder de intimidação ocasionado, bem como a elevação do

potencial lesivo do agente. O termo “arma” deve ser interpretado em um sentido amplo, abrangendo tanto armas próprias como impróprias. No entanto, é necessário que a arma seja efetivamente utilizada na ação, ao menos por meio de seu porte ostensivo, intimidando a vítima. No que tange à arma de brinquedo, com o cancelamento da Súmula 174, STJ, entende-se que não serve para qualificar o crime.

Por derradeiro o crime se qualifica pelo concurso de duas ou mais pessoas, já que então o fato se reveste de maior gravidade, obtendo os agentes um incremento de seu potencial lesivo e de intimidação da vítima por meio da atuação em grupo. Discute-se sobre a necessidade ou não de que todos os que colaboram para o crime estejam presentes no momento da invasão. No entanto, tem predominado o entendimento que também entra na contagem do número mínimo para configuração da qualificadora o partícipe, por exemplo, aquele que planeja a violação que é executada por outrem sozinho (em contrário, HUNGRIA, 1958, p. 46-47). Afinal, presente ou não no momento da invasão, o que importa é que ele prestou ajuda na empreitada criminosa, tornando-a de alguma forma mais eficaz para a produção da lesão ao bem jurídico tutelado.

Causa de aumento de pena (art. 150, § 2º, CP)

Prevê o § 2º do art. 150, CP, uma causa de aumento de pena quando o crime é cometido por funcionário público, agindo ilegalmente ou inobservando as formalidades legais ou ainda com abuso de poder.

Esta causa de aumento de pena é aplicável tanto ao *caput* como ao § 1º, uma vez que vem descrita abaixo desses dispositivos.

Questão intrigante neste tópico refere-se ao conflito de normas entre o art. 150, § 2º, CP e o art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65 (Abuso de Autoridade). Afinal o diploma por último mencionado incrimina qualquer atentado à inviolabilidade de domicílio, tratando-se também de conduta afeta a funcionário público no exercício das funções (*vide* art. 5º da Lei n. 4.898/65).

Podem-se encontrar na doutrina basicamente quatro soluções diversas: a) para alguns, deveria o funcionário público responder em concurso formal pelos crimes previstos no art. 150, § 2º, CP e art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65 (*v.g.* Flávio Augusto Monteiro de Barros); b) afirmam outros que se o agente for funcionário público que age no exercício das funções, deve responder pelo crime de violação de domicílio simples (art. 150, *caput*, CP) em concurso formal com Abuso de Autoridade (art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65) (*v.g.* Cezar Roberto Bitencourt); c) há ainda quem sustente que deverá prevalecer o tipo penal do art. 150, § 2º, CP (*v.g.*

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio); d) finalmente, em tese que tem predominado, manifestam-se os autores pela aplicação do Princípio da Especialidade, de forma que se o funcionário público puder ser abrangido pelo conceito de "autoridade" deve prevalecer a aplicação do art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65. Apenas nos casos em que o funcionário público não seja considerado "autoridade" seria aplicado o art. 150, § 2º, CP, de forma que cada dispositivo teria seu campo determinado de atuação (*v.g.* Fernando Capez, Fábio Ramazzini Bechara, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas).

Parece-nos que assiste mesmo razão ao entendimento por último colacionado. Em se tratando de funcionário público detentor de certa parcela de poder estatal, ou seja, que se possa adequar ao conceito de "autoridade" (*v.g.* Delegado de Polícia, Policiais Militares, Policiais Civis, Juízes, Promotores de Justiça, Fiscais etc.), deve prevalecer a aplicação do art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65. No caso de algum funcionário público que não detenha a qualidade de "autoridade" perpetrar a violação de domicílio, aí então será a oportunidade de aplicação do art. 150, § 2º, CP. Por exemplo, um agente de saúde que ingresse na casa de alguém sem autorização.

É claro que essa solução deixa em aberto uma questão, qual seja: então qual o campo de aplicação da última figura prevista no art. 150, § 2º, CP, o "abuso de poder", pois que nestes casos sempre seria utilizada a Lei n. 4.898/65? Pensamos que a resposta mais coerente possível é que realmente nestes casos seria de aplicar somente a Lei n. 4.898/65, a qual, sendo lei posterior e especial, teria derrogado a parte final do § 2º do art. 150, CP.

Exclusão de ilicitude (art. 150, § 3º, CP)

O § 3º do dispositivo sob comento relaciona os casos em que a entrada ou permanência em casa alheia é permitida pela lei, ainda que contra ou sem o consentimento do morador, de forma que não haverá crime. Os casos são os seguintes: I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. Estas disposições devem ser entendidas em consonância com o dispositivo constitucional previsto no art. 5º, XI, CF.

Violação de Correspondência (arts. 151 e 152, CP)

Revogação dos dispositivos do Código Penal e tipos criminosos

Algumas figuras previstas no Código Penal tratando do crime de violação de correspondência foram revogadas pela Lei n. 6.538/78, que dispõe sobre os Serviços Postais, e pela Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), assim como sofreram alguma influência pela Lei n. 9.296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas, art. 10), de tal forma que atualmente têm-se as seguintes figuras criminosas:

a) Violação de correspondência fechada (art. 40, *caput*, da Lei n. 6.538/78).

b) Apossamento de correspondência para sonegação ou destruição (art. 40, § 1º, da Lei n. 6.538/78).

c) Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, § 1º, II, CP; art. 10 da Lei n. 9.296/96).

d) Impedimento de comunicação ou conversação (art. 151, § 1º, III, CP);

e) Instalação ou utilização ilegal de estação ou aparelho radioelétrico (art. 70 da Lei n. 4.117/62).

f) Desvio, sonegação, subtração, supressão ou revelação de correspondência comercial, com abuso da condição de sócio ou empregado (art. 152, CP).

Nos próximos itens passar-se-á ao estudo de cada um dos tipos criminosos sobreditos.

Violação de correspondência fechada

Conceito

O crime é disposto no art. 40 da Lei n. 6.538/78, que revogou o art. 151, *caput*, do Código Penal, embora tenha sua mesma redação: "Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem". A pena prevista é de detenção até 6 meses ou até 20 dias-multa de forma alternativa. A pena mínima não é determinada pela lei, razão pela qual entende-se que é de 1 dia de detenção ou 1 dia-multa. Poderá haver aumento de metade em caso de dano patrimonial ou moral (art. 40, § 2º, da Lei n. 6.538/78).

Objetividade jurídica

Garantia da liberdade individual do sigilo de correspondência, ligado à liberdade de manifestação do pensamento.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa, menos o remetente ou o destinatário da correspondência.

Sujeito passivo

Neste caso há dupla subjetividade passiva, pois que são vítimas do crime tanto o remetente quanto o destinatário. Note-se que o remetente é o proprietário da carta, podendo livremente permitir sua leitura por outrem. Já o destinatário passa a ser o proprietário da carta quando a recebe (art. 11 da Lei n. 6.538/78). A partir desse momento passa o destinatário a poder exibir a carta a outras pessoas, ainda que esta trate de assuntos íntimos e confidenciais. Mesmo com a morte do destinatário há o delito por parte de terceiros que devassem a correspondência. Nesse caso os sujeitos passivos serão os herdeiros.

Tipo objetivo

O verbo é "devassar", ou seja, violar, tomar conhecimento parcial ou total do conteúdo da correspondência.

Embora o meio mais comum de chegar ao conteúdo da correspondência seja por meio da abertura, não há necessidade disso para configuração do crime. Se o sujeito conseguir chegar ao conhecimento indevido do conteúdo da correspondência sem abri-la, estará configurado o delito – por exemplo, colocando o envelope contra a luz e lendo os escritos sem abrir. Não obstante é necessário que a correspondência seja fechada.

A correspondência deve ter destinatário certo, mesmo que não tenha identificação do remetente (carta anônima). Não há crime se a correspondência é endereçada a pessoa inexistente ou a um número indeterminado de pessoas (*v.g.* aos cidadãos brasileiros, aos eleitores, aos munícipes etc.).

Há casos em que a correspondência dirigida a terceiros pode ser aberta e lida sem que incida o agente em prática criminosa. São exemplos: a) o mandatário pode ler a correspondência do mandante nos limites do mandato; b) o administrador judicial na falência pode receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando-lhe o que não for assunto de interesse da massa falida (art. 22, III, *d*, da Lei n. 11.101/2005); c) o diretor do presídio ou da cadeia pública pode ler a correspondência endereçada aos presos ou por eles redigida (art. 41, XV e parágrafo único, da LEP); d) a Autoridade Judicial ou Policial tem acesso às correspondências dirigidas ao acusado ou investigado ou em seu poder, quando o conhecimento do conteúdo puder ser meio para a elucidação do crime. O acesso somente pode dar-se por meio de ordem judicial de busca e apreensão, conforme disposto no art. 240, § 1º, *f*, CPP; e) os pais ou tutores têm acesso às

correspondências dos que se encontram sob o poder familiar ou tutela; f) da mesma forma *supra*, o curador tem acesso às correspondências do curatelado em casos de interdição por incapacidade absoluta.

Frise-se que os casos tratados nos itens *c* e *d supra* são objeto de acesa discussão quanto à constitucionalidade. Alguns entendem que o diretor do presídio ou cadeia pública não teria direito a devassar a correspondência dos detentos sistematicamente em face dos ditames constitucionais. Também se entende que o art. 240, § 1º, *f*, estaria sem efeito perante a nova ordem constitucional, de forma que as correspondências fechadas não poderiam mais ser objeto de busca e apreensão (BITENCOURT, 2009, p. 519-520). No entanto tem prevalecido o entendimento de que nesses casos deve prevalecer o Princípio da Proporcionalidade, dando ênfase à necessidade de segurança dos estabelecimentos prisionais e ao interesse de apuração das condutas criminosas (*vide* por todos BARROS, 1997, p. 276).

Questão tormentosa diz respeito a decidir se o cônjuge teria o direito de devassar a correspondência do(a) parceiro(a). Há autores que entendem que esse direito, embora não expresso na lei, seria implícito ao relacionamento entre eles, de forma que não haveria crime (*v.g.* Nelson Hungria, Damásio E. de Jesus, Magalhães Noronha, Euclides Custódio da Silveira). Por outro lado, há doutrinadores que entendem que na ausência de autorização legal o cônjuge não pode violar a correspondência do outro, sob pena de incidir em conduta criminosa (*v.g.* Bento de Faria, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Heleno Fragoso, Anibal Bruno, Adilson Mehmeri, Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior, Ney Moura Teles e José Henrique Pierangeli). Filiamo-nos ao entendimento predominante que afirma não haver autorização, seja pela ordem penal, civil ou constitucional, para que o cônjuge viole a correspondência de seu(sua) parceiro(a). No Brasil, não há norma que permita essa devassa, tal qual ocorre em alguns casos de direito comparado (*v.g.* Espanha, Itália, Colômbia – PIERANGELI, 2005, p. 283).

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo. Pode haver caso em que o erro afasta o dolo, como, por exemplo, quando alguém abre correspondência alheia, pensando ser para si endereçada. Não existe modalidade culposa.

Consumação e tentativa

A consumação se dá quando o agente toma conhecimento do conteúdo da

correspondência de forma indevida total ou parcialmente. Apenas o ato da abertura da correspondência não consuma o crime, necessitando da tomada de conhecimento de seu conteúdo para tanto. A tentativa é plenamente possível.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada, uma vez que atualmente não se aplica mais o disposto no § 4º do art. 151, CP, que previa a necessidade de representação. Como já frisado a matéria é atualmente regulada pela Lei n. 6.538/78. Essa legislação determina em seu art. 45 que "a autoridade administrativa, a partir da data em que tiver ciência da prática de crime relacionado com o serviço postal ou com o serviço de telegrama, é obrigada a representar, no prazo de 10 (dez) dias, ao Ministério Público Federal contra o autor ou autores do ilícito penal, sob pena de responsabilidade". Como é nítido, a palavra "representar" neste contexto nada tem a ver com o instituto da "representação" atinente aos crimes de ação penal pública condicionada. Trata-se de mera *notitia criminis* a que está obrigada a autoridade administrativa, de forma que a ação penal é, sem dúvida, pública incondicionada.

A competência para o processo e julgamento é da Justiça Federal.

Aumento de pena e forma qualificada

Os §§ 2º e 3º do art. 151, CP, não são mais aplicáveis ao crime de violação de correspondência fechada ora previsto no art. 40, *caput*, da Lei n. 6.538/78. Não obstante, o § 2º do art. 40 desse diploma prevê dispositivo idêntico àquele do § 2º do art. 151, CP, determinando um aumento de metade da pena se ocorre dano a terceiros. Esse dano pode ser financeiro ou moral e pode atingir tanto o remetente e o destinatário como qualquer outra pessoa que venha a ser prejudicada.

Já o art. 43 da Lei n. 6.538/78 estipula uma agravante genérica para os casos em que o crime é perpetrado por quem se prevalece do cargo ou abusa da função em serviço postal ou telegráfico. Tal qual nas agravantes genéricas previstas no Código Penal, o legislador não estabelece o *quantum* do aumento, ficando este a critério do julgador. Em virtude dos novos dispositivos da Lei n. 6.538/78, o § 3º do art. 151, CP, está totalmente revogado, não tendo mais nenhuma aplicabilidade. Quanto ao § 2º do mesmo dispositivo, ainda tem aplicação aos crimes que não versam sobre o serviço postal ou telegráfico, ou seja, aos casos do art. 151, § 1º, II e III, CP.

Apossamento de correspondência para sonegação ou destruição

Conceito

O crime está disposto no art. 40, § 1º, da Lei n. 6.538/78: "Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte".

Este dispositivo revoga o art. 151, § 1º, I, CP, embora tenha redação semelhante. Apenas promove a antecipação do momento consumativo da infração, o qual anteriormente ocorria com a efetiva sonegação ou destruição e agora acontece com o mero apossamento.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa (crime comum).

Sujeito passivo

São o remetente e o destinatário da correspondência (dupla subjetividade passiva).

Tipo objetivo

A conduta consiste no apossamento indevido da correspondência alheia a fim de sonegá-la ou destruí-la. Neste caso a correspondência pode ser fechada ou aberta.

Tipo subjetivo

O crime somente é punido a título de dolo, inexistindo figura culposa. Esse dolo é específico, pois exige que o apossamento se dê com o fito de sonegar ou destruir a correspondência alheia.

Consumação e tentativa

O crime se consuma com o apossamento, sendo a sonegação ou destruição parte da intenção delitiva cuja efetiva realização consistirá em exaurimento do crime. Assim sendo, trata-se de crime formal. Também não é preciso que o autor do crime chegue a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência. No caso de o agente tomar conhecimento do conteúdo da correspondência fechada, responderá somente pelo crime em estudo, sendo a violação de correspondência fechada absorvida (Princípio da Consunção). A tentativa é possível.

Aumento de pena e forma qualificada

Vide comentários à figura anterior (arts. 40, § 2º, e 43, ambos da Lei n. 6.538/78).

Ação penal

Pública incondicionada.

Instalação ou utilização ilegal de estação ou aparelho radioelétrico

Conceito

O crime é previsto no art. 70 da Lei n. 4.117/62:

> Constitui crime punível com pena de detenção de 1 a 2 anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Referido dispositivo revogou o art. 151, § 1º, IV, CP. Também não se aplica a este crime a causa de aumento de pena prevista no § 2º do art. 151, CP, vez que esta já se encontra prevista no próprio art. 70 da Lei n. 4.117/62.

Sujeito ativo

Crime comum (qualquer pessoa).

Sujeito passivo

O Estado e subsidiariamente a pessoa prejudicada pela conduta do agente.

Tipo objetivo

Os verbos típicos são “instalar” e “utilizar”, de forma que tanto a instalação (montagem, preparação, colocação em funcionamento) como a utilização de aparelhagens instaladas por outrem constituem o crime.

Trata-se de norma penal em branco, vez que a instalação ou utilização de telecomunicações em si não é crime. Somente há crime quando isso se dá em desacordo com o disposto na “Lei e nos regulamentos”. A complementação necessária da norma então deve ser buscada no bojo da própria Lei n. 4.117/62 e em regulamentações diversas sobre a instalação e utilização de telecomunicações legalmente autorizadas.

Tipo subjetivo

É o dolo, inexistindo figura culposa. O dolo é genérico.

Consumação e tentativa

O crime se consuma com a instalação ou utilização de telecomunicações de forma ilegal. O prejuízo eventualmente causado a terceiros será causa de aumento de pena expressamente prevista na figura penal, mas não é necessário para a consumação. Admite-se a tentativa.

Ação penal

Pública incondicionada.

Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

Conceito

Estabelece o art. 151, § 1º, II, CP:

> Na mesma pena incorre quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa (crime comum). No entanto, se o autor do crime atua com abuso de função do serviço telegráfico, radioelétrico ou telefônico, aplica-se o disposto no art. 58, II, *a* e *b*, da Lei n. 4.117/62, que estabelece uma qualificadora, sendo então a pena de detenção de 1 a 2 anos ou perda do cargo público. Nestes casos não incide o art. 151, § 3º, CP.

Sujeito passivo

São o remetente e o destinatário da comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica.

Tipo objetivo

São os verbos “divulgar”, “transmitir” e “utilizar”. A divulgação diz respeito ao conhecimento da comunicação por um número indeterminado de pessoas. Já a transmissão refere-se ao conhecimento dado a uma pessoa determinada ou a um grupo determinado de pessoas. Sendo assim, bastará para a configuração do crime a revelação do conteúdo da comunicação para uma só pessoa. A utilização se constitui no uso do conteúdo da comunicação para qualquer fim.

Note-se que a utilização do conteúdo de uma comunicação para o fim de obter vantagem econômica indevida, mediante o constrangimento da vítima por meio de chantagem ou ameaças, constitui o crime de extorsão (art. 158, CP), o qual absorve o delito em apreço.

No que se refere às comunicações telefônicas há entendimento de que houve derrogação do art. 151, § 1º, II, CP, pelo art. 10 da Lei n. 9.296/96 (BARROS, 1997, p. 285; TELES, 2004, p. 320 e JESUS, 2005, p. 286-287).

Discorda-se desse enfoque, pois que parece que apenas haverá dois campos de aplicação distintos reservados a cada tipo penal acima arrolado. Havendo interceptação propriamente dita, de maneira ilegal, incidirá realmente o art. 10 da Lei n. 9.296/96. Observe-se que nesses casos a eventual divulgação do conteúdo das captações constituir-se-á em mero "exaurimento" do crime, que já se consuma com o ato anterior, não sendo de se falar em concurso de crimes. Isso porque o art. 10 da Lei n. 9.296/96 antecipou o momento consumativo para a simples realização da interceptação, não mais exigindo a divulgação para a consumação do ilícito. De sua banda, o art. 151, § 1º, II, CP, será aplicável sempre que houver alguma divulgação, transmissão ou utilização indevidas de gravações ou captações que não sejam realizadas por meio de interceptações. Assim, o atual tratamento da matéria se completa, não deixando como outrora omissões na proteção à liberdade das comunicações.

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo, inexistindo figura culposa.

Consumação e tentativa

O crime do art. 151, § 1º, II, CP, somente se consuma com a divulgação, transmissão ou utilização indevidas do conteúdo da comunicação. A tentativa é admissível.

Aumento de pena e forma qualificada

A pena é aumentada da metade se há dano a outrem nos termos do art. 151, § 2º, CP. Não se aplica, porém, o § 3º do art. 151, CP, se o crime é cometido com abuso da função em serviço telegráfico, radioelétrico ou telefônico, já que tal caso foi abarcado pelo art. 58, II, *b*, da Lei n. 4.117/62, que determina a aplicação da pena em dobro quando o crime for cometido por autoridade. Acaso o funcionário não seja considerado autoridade, a pena será de detenção de 1 a 2 anos ou perda do cargo ou emprego, nos termos do art. 58, II, *a*, da Lei n.

4.117/62. Nenhuma dessas disposições é aplicável aos casos do art. 10 da Lei n. 9.296/96.

Ação penal

Nos termos do § 4º do art. 151, CP, a ação penal é pública condicionada a representação. O direito de representação será exercido independentemente pelo remetente e pelo destinatário, de forma que, havendo conflito de vontades, prevalecerá o desejo de representar. Nos casos de incidência do art. 10 da Lei n. 9.296/96 a ação penal será pública incondicionada.

Impedimento de comunicação ou conversação

Conceito

O crime é previsto no art. 151, § 1º, III, CP, consistindo no impedimento de comunicação ou conversação telegráfica, radioelétrica e telefônica.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa (crime comum).

Sujeito passivo

O remetente e o destinatário da comunicação.

Tipo objetivo

O verbo é “impedir”, ou seja, obstaculizar a comunicação. Neste caso não importa a captação das comunicações pelo autor, mas o mero impedimento causado ao seu livre exercício.

Tipo subjetivo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo (dolo genérico).

Consumação e tentativa

A tentativa é admissível. O crime se consuma quando os comunicadores tornam-se impossibilitados de começar ou continuar a comunicação no decorrer de um tempo considerável.

Aumentos de pena e forma qualificada

A pena é aumentada da metade se há dano a outrem nos termos do art. 151, § 2º, CP. Não se aplica, porém, o § 3º do art. 151, CP, conforme já antes consignado.

Ação penal

Pública incondicionada.

Correspondência comercial (art. 152, CP)

Conceito

O conceito está inserto no art. 152, CP, *in verbis*:

> Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo.

Sujeito ativo

Somente podem cometer o crime o sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial, tratando-se, portanto, de crime próprio.

Sujeito passivo

É o estabelecimento comercial ou industrial destinatário da correspondência.

Tipo objetivo

A conduta descrita no tipo consiste em desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo. A correspondência deve ser de natureza "comercial", pois, caso contrário, haverá o crime previsto no art. 40 da Lei n. 6.538/78. É claro que também a correspondência em apreço deve ser de alguma relevância para a atividade comercial ou industrial. Caso contrário, não havendo possibilidade de dano patrimonial ou moral à empresa, inexistirá o crime.

Tipo subjetivo

É o dolo (dolo genérico).

Consumação e tentativa

O crime se aperfeiçoa com o efetivo desvio, sonegação, subtração, supressão ou revelação da correspondência. A tentativa é possível.

Ação penal

Pública condicionada a representação (*vide* art. 152, parágrafo único, CP).

Divulgação de Segredo (art. 153, CP)

Conceito

A definição delitiva encontra-se no art. 153, CP:

> Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

Objetividade jurídica

Protege o delito em apreço a liberdade individual de guardar segredos cuja difusão pode ensejar dano a alguém.

Sujeito ativo

São o destinatário ou o detentor (legítimo ou ilegítimo) do documento ou da correspondência.

Sujeito passivo

Qualquer pessoa que possa ser prejudicada com a divulgação do segredo.

Tipo objetivo

Os objetos materiais são o documento particular e a correspondência confidencial. O documento público não é protegido, justamente por ser público, ou seja, sua natureza é ser acessível. A correspondência também deverá tratar de assunto confidencial, sigiloso, secreto. Se, porém, um segredo é transmitido em confiança a outrem por comunicação verbal, não há proteção penal, a não ser por cometimento de eventual crime contra a honra (*v.g.* difamação).

O verbo utilizado pelo legislador é o “divulgar”, havendo discussão na doutrina se basta que o segredo seja divulgado a uma só pessoa (Celso Delmanto) ou se é necessário que haja o conhecimento por várias pessoas para que o crime se aperfeiçoe (Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Magalhães Noronha, Euclides Custódio da Silveira, Damásio E. de Jesus, Cezar Roberto Bitencourt, Mirabete etc.). Tem prevalecido o segundo entendimento.

O tipo penal em estudo é dotado de um elemento normativo, consistente na falta de justa causa para a divulgação do segredo. Havendo justa causa, a divulgação não constitui conduta criminosa. Atente-se ainda para o fato de que, dependendo da espécie de segredo e da finalidade do agente, podem ocorrer outros crimes previstos no próprio Código Penal ou em leis extravagantes. Por exemplo: violação de segredo profissional (art. 154, CP), violação de sigilo

funcional (art. 325, CP), violação de sigilo de proposta de concorrência (art. 326, CP), concorrência desleal (art. 195, XI e XII, da Lei n. 9.279/96), violação de sigilo empresarial (art. 169 da Lei n. 11.101/2005), revelação de notícia, informação ou documento (art. 144, CPM), crime contra a Segurança Nacional (arts. 13 e 21, da LSN) etc.

Tipo subjetivo

É o dolo (dolo genérico).

Consumação e tentativa

O crime se consuma quando um número indeterminado de pessoas tem conhecimento do segredo. A tentativa é viável.

Forma qualificada (§ 1º-A)

A Lei n. 9.983/2000 incluiu o § 1º-A no art. 153, CP, incriminando de forma especial e mais gravosa a divulgação de informações sigilosas ou reservadas, *verbis*: "divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública". A pena prevista é de detenção de 1 a 4 anos, e multa.

O crime não é funcional. Trata-se de crime comum, mas o sujeito passivo é o Estado. Também se trata de uma norma penal em branco, pois que as informações reservadas transmitidas a terceiros devem ser acobertadas por sigilo imposto por lei que complementará a norma penal sob comento. A informação considerada sigilosa devido a decretos ou atos administrativos (portarias, resoluções etc.) não está acobertada pela norma.

As normas que complementem a matéria estão dispostas basicamente no art. 23 da Lei n. 8.159/91, Decreto n. 4.553/2002, Lei n. 11.111/2005 e Decreto n. 5.301/2004.

Ação penal

A regra para esse crime, conforme dispõe o § 1º do art. 153, CP, é a ação penal pública condicionada a representação. No entanto, seja nos casos do *caput* ou do § 1º-A, a ação será pública incondicionada, sempre que houver prejuízo à Administração Pública (§ 2º acrescido pela Lei n. 9.983/2000).

Violação de Segredo Profissional (art. 154,

CP)

Conceito

O crime de violação de segredo profissional está ligado à característica inerente a determinadas atividades em que as pessoas confiam segredos a indivíduos que exercem a prestação de serviços, aconselhamentos, orientações etc. Estes são os chamados “confidentes necessários”, os quais estão obrigados a guardar sigilo em virtude da confiança que lhes é depositada devido ao exercício de certas funções, atividades ou profissões.

Objetividade jurídica

Protege a norma a liberdade individual de manter segredos, cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

Sujeito ativo

A temática do sujeito ativo deste crime tem proporcionado abordagens divergentes nos ordenamentos jurídicos, podendo-se identificar três sistemas básicos:

a) *Sistema da Indicação Taxativa* – adotado na Alemanha, estabelece no próprio tipo penal de forma expressa as pessoas que podem incorrer no crime de violação de segredo profissional.

b) *Sistema da Enumeração Exemplificativa* – adotado na França, utiliza-se do método de interpretação analógica, arrolando alguns exemplos casuísticos e fechando a dicção legal com uma fórmula genérica a fim de abranger casos similares.

c) *Sistema Aberto* – adotado na Itália, onde o tipo penal não apresenta nenhuma fórmula casuística, reduzindo-se a afirmar genericamente as atividades que devem guardar segredo. Este é o sistema adotado também pelo Código Penal Brasileiro.

O crime sob comento é próprio, somente podendo cometê-lo o exercente de função, ministério, ofício ou profissão que tenha como inerente à sua atividade o conhecimento de segredos aos quais fique vinculado em termos de sigilo (*v.g.* sacerdotes, advogados, médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, massagistas, parteiras, enfermeiras etc.). Também podem responder pelo crime os auxiliares dos respectivos profissionais, como por exemplo, estagiários, secretárias, enfermeiras etc.

O conhecimento do segredo deve dar-se por ocasião do exercício da atividade respectiva. Não libera o agente do dever de sigilo o fato de haver deixado a atividade.

O art. 154, CP, refere-se à revelação de segredos relativos a atividades privadas. A violação de sigilos relacionados a funções públicas é punida de acordo com o disposto no art. 325, CP. Frise-se ainda que, se a revelação for referente a proposta apresentada em licitação, configurado estará o crime especial do art. 94 da Lei n. 8.666/93, o qual revogou de forma tácita o art. 326, CP. Também podem ocorrer outros crimes especiais, tais como: violação de sigilo de instituição financeira ou sigilo bancário (art. 18 da Lei n. 7.492/86), uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (art. 27-D da Lei n. 6.385/76, com as alterações da Lei n. 10.303/2001), violação de segredo relativo a serviço postal ou telegráfico (art. 41 da Lei n. 6.538/78), violação de sigilo empresarial (art. 169 da Lei n. 11.101/2005 – crime falimentar) etc.

Alguns casos especiais merecem análise:

a) *Barbeiros e cabeleireiros* – normalmente não estão obrigados ao sigilo, salvo quando o conhecimento obtido revele-se inerente ao exercício da profissão. Por exemplo, revelar o fato de que os cabelos de pessoa que tinge são grisalhos.

b) *Empregados domésticos* – a questão é controversa. Alguns autores admitem os empregados domésticos (faxineiras, diaristas, motoristas particulares, copeiras, cozinheiras, jardineiros etc.) como autores do crime, vez que seriam "confidentes necessários" em razão da natureza de suas atividades exercidas no recesso do lar (*v.g.* Euclides Custódio da Silveira, Adilson Mehmeri). Outros negam tal possibilidade, vez que o conhecimento de segredos ou intimidades dos patrões não é necessário para o exercício de seus respectivos misteres. Tal conhecimento dar-se-ia tão somente por mera indiscrição das pessoas envolvidas, razão pela qual afastada a hipótese de incidência do art. 154, CP, aos domésticos (*v.g.* Flávio Augusto Monteiro de Barros). Há ainda aqueles que adotam uma posição intermediária, afirmando que poderia existir o crime para os domésticos excepcionalmente, desde que comprovado que abusaram de suas funções revelando segredos íntimos dos patrões a que tiveram acesso devido a um relacionamento de amizade e confiança (*v.g.* Mirabete, Paulo José da Costa Júnior). Em nosso entendimento razão assiste aos que reputam excluídos do polo ativo deste crime os domésticos, vez que não se trata de "confidentes necessários". Eles podem perfeitamente exercer

seus misteres no lar sem necessidade alguma de inteirarem-se dos segredos dos patrões. Efetivamente esse conhecimento se dá por simples liberalidade ou leviandade das pessoas envolvidas na relação de emprego.

c) *Herdeiro do profissional falecido* – este não responde pelo crime no caso de revelar segredo profissional a que teve acesso por intermédio do profissional morto. Afinal, tal conhecimento não foi obtido por meio do exercício de função, ministério, ofício ou profissão, e a obrigação de guarda de segredo (de natureza personalíssima) não pode ser transmitida por legado ou herança (neste sentido: Magalhães Noronha e Flávio Augusto Monteiro de Barros).

d) *Jornalistas* – estes profissionais não estão obrigados ao sigilo. Aliás, sua função é revelar as notícias ao público. Trata-se de indiscrição e imprudência de quem revela segredos a estes profissionais. No máximo, poderá o jornalista, em certos casos, ser responsabilizado por crimes contra a honra e ser obrigado a indenização por danos morais e materiais, nos termos do art. 5º, V, CF.

Por fim, é interessante anotar a orientação de Flávio Augusto Monteiro de Barros, a fim de obter um critério razoavelmente seguro para a distinção dos casos em que haverá dever de sigilo e, portanto, incidência do tipo penal sob comento:

> O ponto básico da solução reside na distinção entre confidência necessária e voluntária, só configurando o delito na primeira hipótese.
>
> Confidência necessária é a revelada a pessoas que, para bem desenvolver a função, ministério, ofício ou profissão devem inteirar-se de segredos alheios.
>
> Confidência voluntária é a revelada a pessoas cuja missão não é a de receber segredos (BARROS, 1997, p. 302-303).

Sujeito passivo

É o titular do segredo a pessoa física ou jurídica à qual pertencem as informações confidenciais. Com a morte do sujeito passivo do crime, ainda subsiste a necessidade de guardar o segredo, desde que a revelação possa prejudicar terceiros (parentes, cônjuge, herdeiros etc.). Se não houver possibilidade de dano a terceiros, porém, com a morte do sujeito passivo a revelação do segredo estará liberada.

Tipo objetivo

A conduta consiste em “revelar” o segredo, transmitir a terceiros informações

sobre intimidades de pessoa que deseja ocultar tais fatos, devido à possibilidade de ocorrência de dano material ou moral. Neste caso bastará para a configuração do delito a revelação do segredo a uma única pessoa, não necessitando que tal se dê a um número indeterminado de pessoas.

O crime é de forma livre e pode inclusive ser cometido por omissão, desde que o autor tenha o dever jurídico de guardar o segredo.

Quando a pessoa a quem é revelado o segredo já tinha ciência anteriormente deste, por exemplo, por narrativa da própria vítima, configura-se crime impossível (art. 17, CP).

É importante anotar que o segredo revelado deve versar sobre fato verdadeiro. Se a notícia revelada pelo autor é falsa, configura-se somente crime contra a honra. O segredo também deve ser dotado de potencial de causar dano material ou moral a outrem. A revelação de fatos inócuos exclui o crime. Não obstante, não é preciso que ocorra efetivamente o dano, bastando a potencialidade, de maneira que se trata de crime formal.

Também é imprescindível para configuração do delito a satisfação do elemento normativo do tipo, ou seja, que a revelação do segredo se dê "sem justa causa". São exemplos de justa causa: a notificação compulsória feita pelo médico de determinadas doenças, sendo que, pelo contrário, a falta de notificação é que configurará omissão ilícita nos termos do art. 269, CP; a comunicação à autoridade competente pelo médico ou outras profissões sanitárias de crime de ação penal pública de que tenha conhecimento no exercício da profissão, desde que a ação não dependa de representação e a informação não exponha o paciente a processo criminal (ver art. 66, LCP); especificação da causa da morte em atestados de óbito, nos termos do art. 80, n. 8, da Lei n. 6.015/73; todos os casos previstos no art. 73 do Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/2009). Também haverá justa causa se o próprio titular do segredo liberar sua revelação, já que se trata de bem jurídico disponível. Na verdade não há um critério seguro ou um rol de situações que possa esgotar as hipóteses de justa causa para revelação do segredo. Somente a análise do caso concreto solucionará a questão.

Questão controvertida é aquela que versa sobre a possibilidade ou não de o médico ou advogado revelar segredos do paciente ou cliente no bojo de processo de cobrança de honorários. A doutrina se divide, mas prevalece o entendimento de que pode haver a revelação, desde que se detenha na descrição absolutamente necessária para o conhecimento da questão atinente aos honorários. Há

entendimento de que a justa causa para a revelação do segredo nestes casos dependeria do sucesso ou não da ação de cobrança (Florian), o que tem sido veementemente rechaçado pela moderna doutrina (BARROS, 1997, p. 314).

Tipo subjetivo

O crime é doloso (dolo genérico). Não há forma culposa.

Consumação e tentativa

O crime se aperfeiçoa quando alguém toma conhecimento do segredo. A tentativa é possível, especialmente por escrito.

Ação penal

A ação penal é pública condicionada a representação (art. 154, parágrafo único, CP).

PARTE II

Dos Crimes Contra o Patrimônio (arts. 155 a 183, CP)

- Furto (art. 155, CP)
- Furto de Coisa Comum (art. 156, CP)
- roubo (art. 157, CP)
- Extorsão (art. 158, CP)
- Extorsão Mediante Sequestro (art. 159, CP)
- Extorsão Indireta (art. 160, CP)
- Alteração de Limites, Usurpação de Águas e Esbulho Possessório (art. 161, CP)
- Supressão ou Alteração de Marca em Animais (art. 162, CP)
- Dano (art. 163, CP)
- Introdução ou Abandono de Animais em Propriedade Alheia (art. 164, CP)
- Apropriação Indébita (art. 168, CP)
- Apropriação Indébita Previdenciária (art. 168-A, CP)
- Apropriação de Coisa Havida por Erro, Caso Fortuito ou Força da Natureza; Apropriação de Tesouro e Apropriação de Coisa Achada (art. 169 e parágrafo único, I e II, CP)
- Estelionato (art. 171, CP)
- Duplicata Simulada (art. 172, CP)

- Abuso de Incapazes (art. 173, CP)
- Induzimento à Especulação (art. 174, CP)
- Fraude no Comércio (art. 175, CP)
- Outras Fraudes (art. 176, CP)
- Fraudes e Abusos na Fundação ou Administração de Sociedades por Ações (art. 177, CP)
- Emissão Irregular de Conhecimento de Depósito ou Warrant (art. 178, CP)
- Fraude à Execução (art. 179, CP)
- Receptação (art. 180, CP)
- Disposições Gerais dos Crimes Contra o Patrimônio (arts. 181 a 183, CP)

Furto (art. 155, CP)

Conceito

O conceito de furto está explícito no art. 155, *caput*, CP, como a "subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem".

Objetividade jurídica

Discute-se na doutrina acerca do furto tutelar a posse ou a propriedade. No entanto, a conclusão é de que tutela igualmente a posse como a propriedade.

Sujeito ativo

Crime comum. Qualquer pessoa pode praticar.

Sujeito passivo

Tanto a pessoa física como a pessoa jurídica que tenham a posse ou a propriedade.

Tipo objetivo

A ação é “subtrair”, que significa tirar. O objeto material é a “coisa alheia móvel”.

Não podem ser objeto de furto os documentos. Neste caso configura-se crime específico previsto no art. 305, CP. Partes de uma casa podem ser objeto de furto, mas deve-se ter em mente que o imóvel como um todo é insuscetível de subtração. As árvores, navios e aeronaves são equiparadas a imóveis no Direito Civil, mas no Penal podem ser objeto de furto.

A coisa móvel alheia para ser objeto de furto deve ser dotada de algum valor financeiro ou patrimonial.

Ar, água dos rios e mares, luz natural, não podem ser objeto de furto por serem “coisas comuns ou de uso comum”. Isso a não ser que sejam “destacados”, como por exemplo, o ar comprimido, água em recipientes etc. A água fornecida pelas empresas de abastecimento e tratamento também pode ser objeto de furto, vez que deixa de ser bem de uso comum, mediante a cobrança para seu consumo (TELES, 2004, p. 348).

O desvio de um curso d’água de uma propriedade vizinha para outra não configura furto. Neste caso há crime específico de “usurpação de águas” no art. 161, I, CP, além de possível crime ambiental (Lei n. 9.605/98).

Também a caça ou a pesca na propriedade alheia deve ser distinguida: a) se os animais ou peixes são selvagens, poderá haver apenas crime ambiental (Lei n. 9.605/98); b) se os animais ou peixes são criados em cativeiro, como por exemplo, poços de peixes em pesqueiros, há crime de furto.

No que tange à relação entre a coisa e eventual proprietário, certas expressões latinas são relevantes: a) *Res Nullius* – coisas que nunca tiveram dono (não há crime no apossamento); b) *Res Delericta* – coisas que foram abandonadas (também não há crime no apossamento); c) *Res Deperdita* – coisas perdidas. Neste caso pode haver crime no apossamento, mas não o crime de furto. Ocorrerá, eventualmente, uma modalidade de apropriação indébita denominada “apropriação de coisa achada”, prevista no art. 169, II, CP.

Também, segundo a doutrina, partes do corpo humano podem ser objeto de furto, desde que tenham possibilidade e finalidade de destino financeiro (*v.g.* cabelos, dentes etc.). Obviamente também podem ser objeto de furto próteses, peças postiças acopladas ao corpo humano, como dentaduras, perucas, aparelhos ortopédicos etc.

O cadáver também pode ser objeto de furto, dependendo da finalidade do

agente. Se ele subtrai o cadáver para explorar seu valor econômico (ex.: subtrai um cadáver de uma faculdade de medicina para vendê-lo a outra ou para pesquisadores), há crime de furto. Nos demais casos haverá o crime de "subtração de cadáver" (art. 211, CP).

Há discussão na doutrina sobre se a subtração de folhas ou de talão de cheques configura furto. Hoje parece pouco defensável a tese de que não constituiria, vez que indubitavelmente têm elas valor econômico. No entanto, se o agente utiliza os cheques depois, há crime de estelionato que, segundo entendimento predominante, absorve o crime antecedente de furto, considerado mero crime-meio.

Situação intrincada é aquela de alguém que tem a posse de uma coisa, por exemplo, como depositário, e o proprietário da coisa lhe subtrai. Haveria neste caso crime de furto?

A resposta quanto à ocorrência ou não de furto é simples: não haveria furto, vez que a coisa subtraída não é "alheia", de modo que falta um elemento do tipo penal. O problema torna-se mais difícil quanto à tipificação da conduta do agente. Se o depósito se dá ao terceiro por força de ordem judicial ou contrato, haverá claramente a tipificação do art. 346, CP (neste sentido: Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Damásio E. de Jesus e Paulo José da Costa Júnior). Mas, se o depósito decorre de outros fatores que não ordem judicial ou convenção, como por exemplo, uma determinação de autoridade administrativa, como ocorre nos casos de apreensão de veículos devido a falta de licenciamento, o problema da tipificação torna-se complicado. Já não é aplicável o art. 346, CP, que somente tem relação com ordens judiciais ou contratos. Poder-se-ia pensar na tipificação do art. 345, CP. No entanto, tratando-se de ação praticada sem violência ou grave ameaça, o crime seria de ação penal privada. Neste caso quem a intentaria? O Detran? A Polícia Militar? O depositário credenciado pelo Estado? Na verdade, a única solução viável seria a responsabilização do agente pelo crime de desobediência (art. 330, CP) (observe-se a dissidência doutrinária de NORONHA, 1990, p. 209-212, para quem em ambos os casos ocorreria furto mesmo, e de BITENCOURT, 2008, p. 9-12, para quem o fato seria absolutamente atípico, afastando também os arts. 346 e 330, CP).

Tipo subjetivo

É informado pelo dolo, inexistindo figura culposa. O dolo, que é específico, se divide em dois aspectos: *Animus Furandi* (vontade de subtrair) e *Animus rem sibi habendi* (desejo de se apossar da coisa alheia, para si ou para outrem).

Embora o crime seja patrimonial, não há necessidade do intuito de lucro. O autor do crime pode, por exemplo, apossar-se da coisa por vingança, capricho, inveja, superstição etc. No entanto, isso não invalida a afirmação de que o dolo deve ser específico. A subtração deve ser com o intuito específico de ficar com a coisa para si ou para outrem. É neste aspecto que o dolo é considerado específico.

Por derradeiro deve-se abordar a questão da relevância ou não do consentimento da vítima na subtração para a configuração do crime de furto.

A matéria é objeto de acesas controvérsias, vez que o patrimônio é um bem jurídico disponível, de forma que seria defensável a tese de que o consentimento da vítima elidiria a tipificação criminal. De outra banda, deve-se considerar a opção do legislador pátrio, elegendo a ação penal pública incondicionada para o crime de furto, de maneira a tornar o consentimento da vítima irrelevante para a atuação estatal.

Na doutrina, afirmam alguns autores que se o consentimento ocorre após a consumação é irrelevante, mas se ocorre antes ou concomitantemente à subtração afasta o crime (*v.g.* Mirabete, José Henrique Pierangeli). Outros afirmam que o consentimento da vítima elide o crime, sendo seu dissenso elemento implícito do delito enfocado (*v.g.* Magalhães Noronha, Adilson Mehmeri, Cezar Roberto Bitencourt, Fernando Capez, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes). O entendimento que nos parece mais coerente é o de que o consentimento da vítima elide o crime, vez que se trata de tutela do patrimônio, o qual é, sem dúvida, bem jurídico disponível. Embora a necessidade do dissenso não seja expressa no tipo penal, como ocorre, por exemplo, com o caso do crime de violação de domicílio, este encontra-se implícita ou tacitamente presente. A afirmação da necessidade de que tal consentimento seja anterior ou concomitante à subtração significa, a nosso ver, nada mais do que a filiação à convicção de que o consentimento da vítima é irrelevante, pois a exigência de que tal consentimento se dê antes ou conjuntamente à suposta subtração equivale a dizer somente que quando não há subtração não há furto, o que, com todo respeito, é dizer o óbvio. Ora, se o apossamento do bem é autorizado pela vítima antes ou concomitantemente à sua efetivação, simplesmente não houve subtração alguma. Então se o consentimento se dá depois e é considerado inválido para afastar a tipicidade, tal entendimento equivale à afirmação de que no furto o consentimento da vítima é irrelevante.

Não se deve confundir o Direito Material com o Formal ou Adjetivo. O fato de o crime de furto ser de ação penal pública incondicionada não pode levar a

conclusões acerca da configuração material do ilícito. Isso equivaleria a dizer que quando uma pessoa é agredida, sofrendo lesões leves, e deixa de representar, não ocorreu crime algum. Na verdade, o crime (Direito Material) ocorreu, apenas não será intentada ação penal (Direito Formal). Não obstante isso, seria muito bem-vinda uma alteração que é prevista no Projeto de Código Penal em estudo no Congresso Nacional, tornando o furto crime de ação penal pública condicionada a representação do ofendido, o que deixaria bem mais explícita a relevância do consentimento do ofendido para a configuração da conduta, bem como a natureza disponível do patrimônio.

Consumação e tentativa

A jurisprudência adotou a "Teoria da Inversão da Posse", entendendo-se como consumado o furto quando o agente tem a "posse tranquila ou desvigiada" da coisa, ainda que por pouco tempo. A tentativa é possível, pois se trata de crime material.

Distinção

a) Quem adultera sinal identificador de veículo furtado não é coautor ou partícipe do furto, mas pratica o crime autônomo previsto no art. 311, CP.

b) Quem subtrai coisa alheia para satisfazer pagamento de dívida que tem para com a vítima na condição de credor comete não crime de furto, mas sim "Exercício Arbitrário das Próprias Razões" (art. 345, CP).

c) Subtração de Nota Promissória e sua destruição constitui o crime de "Supressão de Documento" (art. 305, CP).

d) A "Trombada" ou "Arrebatamento" pode caracterizar furto ou roubo de acordo com o grau de violência empregado.

e) Adquirir coisas furtadas pode configurar o crime de receptação (art. 180, CP).

f) Ajudar o autor do furto a ocultar a *res furtiva*, *não havendo concerto prévio*, configura o crime de "Favorecimento Real" (art. 349, CP). Se houver *concerto prévio*, há coautoria ou participação no furto ou mesmo receptação.

g) Basicamente a diferença entre o furto e o roubo é o elemento da violência ou grave ameaça ou ainda de meio que impossibilite a resistência da vítima existente no segundo.

Furto de energia (art. 155, § 3º, CP)

Equiparou o legislador à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que

tenha valor econômico (ex.: térmica, solar, atômica etc.). A equiparação anteriormente somente se dava no campo penal. No entanto, com o advento do novo Código Civil, dispõe a lei em seu art. 83, I, que: “considera-se coisa móvel para efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico”. Desta forma há atualmente uma harmonia sistemática entre os campos civil e penal.

Note-se que na Exposição de Motivos do Código Penal menciona-se a “energia genética dos reprodutores” como exemplo de caso de furto de energia. Houve neste ponto um equívoco do ilustre Ministro Francisco Campos, vez que nestes casos configurar-se-á a figura típica ordinária do furto, já que o sêmen é coisa passível de apreensão e remoção, ou seja, coisa naturalmente móvel, não necessitando valer-se o aplicador do Direito da equiparação legal.

Cabe observar que dependendo da forma como se obtém o desvio da energia elétrica pode variar a tipificação penal da conduta. Vejamos:

a) Se o agente desvia a energia, fazendo com que não passe e seja registrada pelo medidor da empresa fornecedora, haverá realmente o chamado “furto de energia”. Na linguagem popular são os conhecidos “gatos”.

b) No entanto, se o agente simplesmente frauda o medidor, deixando que energia passe por ele, mas não seja devidamente registrada, logrando enganar a empresa fornecedora, obtendo vantagem indevida em prejuízo alheio, o crime será de estelionato.

Outra questão relevante e atual são os casos de fraude para recebimento de sinal de TV fechada e para utilização de pulsos telefônicos. Será que nestes casos configurar-se-ia crime de furto de energia, furto comum ou ainda furto qualificado?

Certamente o sinal de TV a cabo ou por assinatura, bem como os pulsos telefônicos, não pode ser considerado coisa móvel, nem pode ser equiparado a estas por força do disposto no § 3º do art. 155, CP, vez que não é de forma alguma “energia”. Qualquer aproximação configuraria espúria analogia *in mallam partem*. Cezar Roberto Bitencourt sinaliza neste sentido, mas deixa em aberto a questão quanto à atipicidade relativa ou absoluta da conduta, dando a entender que se posiciona pela atipicidade absoluta (BITENCOURT, 2008, p. 66-67). Discordamos parcialmente desse respeitável entendimento, pois configura-se claramente o estelionato, uma vez que o autor da conduta obtém vantagem econômica indevida, induzindo a empresa de TV ou de telefonia a erro.

Discute-se ainda na doutrina se o crime de furto de energia configuraria

crime continuado ou crime permanente. No crime continuado o agente pratica várias condutas, as quais, cada uma *de per si*, constituem crime. Já no crime permanente, o agente pratica uma conduta cuja consumação se protrai no tempo, dependendo da vontade do agente. Na subtração de energia elétrica o crime se consuma quando o agente faz a ligação clandestina e começa a usufruir desta. A consumação vai se alongando no tempo, enquanto o agente pretender permanecer sendo beneficiado pela subtração. Resta claro que se trata de hipótese de crime permanente.

Furto noturno (art. 155, § 1º, CP)

A lei penal prevê um aumento de pena em face da menor vigilância existente no período de repouso noturno, deixando o bem com menor proteção e, portanto, demonstrando maior perigo na conduta do agente.

Deve-se lembrar que “repouso noturno” não é sinônimo de “noite”. Esta se caracteriza pela ausência de luz solar. Já o repouso noturno refere-se ao horário em que as pessoas costumam dormir.

Indaga-se se é necessário que a casa esteja habitada ou que os moradores estejam dormindo efetivamente, bem como se o aumento de pena se aplica aos casos de furtos ocorridos na via pública, em veículos ou em estabelecimentos comerciais ou industriais.

A jurisprudência se divide, havendo decisões no sentido de apenas importar o horário e também outras em sentido inverso, dizendo não ser possível o aumento se os moradores estão despertos, se a casa está sem ninguém ou ainda em furtos na rua ou em estabelecimentos comerciais ou industriais.

A posição mais correta, em nosso entender, seria aquela que considera o horário primordial, não levando em consideração circunstâncias outras, porque o aumento de pena se refere àquele indivíduo que revela maior periculosidade ao escolher o horário noturno, mais propício à prática do furto, colocando assim, em tese, o bem jurídico sob maior perigo de dano. A maioria da doutrina aponta para esta solução, sendo exemplos Fernando Capez, Heleno Fragoso, Bento de Faria, Damásio E. de Jesus, Romeu de Almeida Salles Júnior, Ney Moura Teles, Magalhães Noronha, Paulo José da Costa Júnior e Mirabete. Este também foi o posicionamento adotado pela Primeira Conferência dos Desembargadores. Em sentido contrário, destacando que a jurisprudência predominante afasta o aumento quando a casa está desabitada, os moradores estão despertos, ou quando o furto se dá na rua ou em estabelecimento comercial ou industrial onde ninguém permanece dormindo à noite, podem-se arrolar: José Henrique

Pierangeli, Celso Delmanto e Cezar Roberto Bitencourt. Embora a jurisprudência dominante aponte para o afastamento da majorante nos casos sob estudo, destaca Capez que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já decidiram por sua configuração baseada tão somente no critério do horário (CAPEZ, 2010, p. 385). Também Damásio chama a atenção para o fato de que a tese ora defendida foi predominante no Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (JESUS, 2005, p. 315).

É incontroverso que o aumento de pena pelo furto noturno só tem aplicação para os casos de furto simples, e não para os furtos qualificados. Com acerto a nosso ver manifesta-se Paulo José da Costa Júnior, afirmando que a circunstância de o furto haver ocorrido durante o repouso noturno, nos casos de furto qualificado, pode ser levada em conta na aplicação da pena como circunstância judicial, nos termos do art. 59, CP (COSTA JÚNIOR, 2010, p. 319).

Furto privilegiado (art. 155, § 2º, CP)

Para a configuração do furto privilegiado devem concorrer dois requisitos: a) criminoso primário; b) coisa de pequeno valor.

Primário é todo aquele que não ostenta condenação criminal transitada em julgado antes da prática do crime e também aquele condenado após 5 anos do cumprimento ou extinção da pena imposta.

Encontra-se discussão na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade da exigência pelo juiz de outros requisitos subjetivos para a concessão do benefício, além daqueles preconizados expressamente na lei (primariedade e pequeno valor da coisa). Tem-se discutido se poderiam ser levados em consideração também fatores como maus antecedentes, conduta social ou personalidade do réu etc.

Aqui se coloca a questão de se o juiz “pode” ou “deve” aplicar a diminuição sempre que o réu satisfizer os dois requisitos explícitos na lei. Ou pode o juiz avaliar outros fatores e decidir livremente se o réu faz jus ou não ao benefício, embora satisfeitos aqueles requisitos legalmente estabelecidos?

Quanto a isso a doutrina e a jurisprudência se dividem:

a) Afirmam alguns que o juiz “pode” aplicar o benefício, podendo avaliar outros fatores, ou seja, mesmo presentes os requisitos legais, o juiz pode deixar de reconhecer o privilégio. Isso porque o verbo “poder” utilizado pela lei deixaria claro tratar-se o reconhecimento do privilégio de mera faculdade do

julgador (*v.g.* Damásio E. de Jesus e Mirabete).

b) O juiz "deve" aplicar o benefício quando presentes as duas condições legais, sendo-lhe vedadas outras considerações, sendo fato que constitui o privilégio "direito público subjetivo do réu" que preenche os requisitos legalmente previstos (*v.g.* Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior, Luiz Regis Prado, José Henrique Pierangeli, Fernando Capez, Ney Moura Teles).

Além de prevalecer, é a melhor doutrina aquela que se posiciona de acordo com a segunda orientação supraexposta, vez que satisfeitos os requisitos do art. 155, § 2º, CP, surge um "direito público subjetivo do réu", não podendo o juiz deixar de aplicar o dispositivo. Em um Estado Democrático de Direito não são concebíveis poderes pessoais conferidos a quaisquer autoridades. Todo poder é um poder-dever e todas as decisões devem ser fundamentadas sob pena de nulidade (*vide* art. 1º c/c 93, IX, CF). Ora, presentes os requisitos legais e sendo estes devidamente reconhecidos pelo julgador, como poderia fundamentar consistentemente sua decisão de não aplicar a benesse, de forma que não atuasse por mero capricho ou exercício de um poder pessoal?

Quanto ao pequeno valor da coisa tem sido quase pacífica na jurisprudência a orientação que define o valor de um salário mínimo vigente à época do fato. No entanto, há dois outros posicionamentos minoritários nos tribunais: a) levar em consideração as posses da vítima; b) não existência de regra rígida, devendo o pequeno valor ser aferido em cada caso concreto.

Certamente uma das maiores polêmicas neste campo refere-se à distinção entre "pequeno valor da coisa" e "pequeno prejuízo". O pequeno valor se refere ao valor da coisa quando da subtração. Já o pequeno prejuízo se refere ao momento posterior, de acordo com a recuperação total ou parcial da *res furtiva*.

A questão é importante porque há tendência na jurisprudência em pretender equiparar o "pequeno valor" ao "pequeno prejuízo", o que não nos parece justo. Tal entendimento faz menção ao disposto no art. 171, § 1º, CP, que faz referência expressa ao "pequeno valor do prejuízo", aplicando-se as mesmas regras do art. 155, § 2º, CP, e então concluindo pela injustiça de restringir no caso do furto o privilégio somente aos casos de "pequeno valor". Damásio faz interessante exposição do debate jurisprudencial sobre o tema, concluindo no sentido de que para o furto deve-se levar em conta o valor da coisa, e não o do prejuízo (JESUS, 2005, p. 316-321).

Outra indagação pertinente diz respeito à possibilidade ou não de aplicação do privilégio aos casos de furto qualificado, ou seja, seria possível haver um

furto concomitantemente privilegiado e qualificado?

A doutrina tem se posicionado majoritariamente pela impossibilidade de combinação entre privilégio e qualificadoras no caso do furto, mas vem a jurisprudência, inclusive do STJ (EREsp 842425/RS), decidindo pela admissão da conciliação do privilégio com a qualificação. Em nosso entender o privilégio no crime de furto é plenamente compatível com as qualificadoras ali previstas no § 4º, isso porque se trata de circunstâncias objetivas que não apresentam incompatibilidade alguma.

O § 2º do art. 155, CP, possibilita ao legislador três opções de benesses a serem concedidas pelo juiz ao infrator em caso de reconhecimento do furto privilegiado, quais sejam: substituir a pena de reclusão por detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa. Poderia o julgador substituir a pena de reclusão por detenção e ainda diminuí-la?

A resposta é positiva, vez que o legislador pode inclusive optar por não aplicar qualquer espécie de pena privativa de liberdade, escolhendo apenas a pena de multa. Ora, quem pode o mais pode o menos.

Furto qualificado (art. 155, § 4º, CP)

A pena para os casos de furto qualificado é de reclusão, de dois a oito anos. São casos em que o agente revela maior capacidade para superar obstáculos à subtração ou mesmo formas mais eficazes de cometer o crime.

Analisemos separadamente cada qualificadora:

Com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa

Trata-se de arrombamentos de fechaduras, trancas, janelas, portas, cofres etc. A conduta deve dirigir-se a um objeto que vise impedir a remoção ou subtração da coisa, e não à própria coisa. A simples remoção, como por exemplo, o desparafusamento ou retirada de telhas, não configura a qualificadora. No caso das telhas, poderá haver a escalada.

Indaga-se sobre o caso do indivíduo que ingressa numa casa pela porta que foi esquecida aberta. Ali subtrai bens e ao sair verifica que o vento bateu a porta e esta se trancou. Ele então a arromba e sai, levando a *res furtiva*. Haveria neste caso furto qualificado?

Para Magalhães Noronha não, pois o rompimento ou destruição deve ser “anterior ou concomitante” à subtração (NORONHA, 1990, p. 233). No entanto, a doutrina dominante considera que o rompimento pode ocorrer até a

consumação do crime, de modo que no caso apresentado o furto seria qualificado (ver por todos: MIRABETE, 2011, p. 213).

A prova material da qualificadora se faz pela perícia, que é indispensável. Sem ela descaracteriza-se a qualificadora.

Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza

Ocorre abuso de confiança quando o sujeito ativo aproveita-se da menor vigilância da vítima em relação à sua pessoa, movida pela confiança, realizando assim com maior facilidade a subtração. Essa "confiança" deve ser demonstrada em cada caso concreto, não bastando a simples relação de emprego. Ou seja, o chamado "Famulato" (furto praticado pelo empregado contra o patrão) não é sempre e necessariamente qualificado pelo abuso de confiança. Na verdade, somente o será em casos excepcionais, nos quais fique patente a relação de especial confiança depositada no empregado.

No caso específico de empregados domésticos, não comprovada a efetiva confiança, poderá restar ainda a agravante genérica do art. 61, II, *f*, CP.

Não se deve confundir o furto qualificado pelo abuso de confiança com o crime de apropriação indébita. No primeiro o agente subtrai a coisa e no segundo recebe a coisa inicialmente da vítima e depois se apropria.

Ocorre fraude sempre que o agente se utiliza de algum meio enganoso para ludibriar a vítima e obter a subtração.

É importante saber distinguir o furto mediante fraude do crime de estelionato. No primeiro o agente engana a vítima para poder subtrair a coisa; no segundo, a própria vítima entrega o bem induzida a erro pelo agente.

A escalada "é a utilização de via anormal para penetrar na casa ou local em que vai operar-se a subtração" (MIRABETE, 2011, p. 214).

Para a configuração desta qualificadora é preciso que o agente tenha de utilizar instrumentos (escada, cordas etc.) ou ao menos tenha de empregar um desforço físico considerável.

A escalada, conforme pode sugerir o *nomen juris*, não existe somente quando há o caminho da subida em obstáculos (*v.g.* pular muros, janelas etc.). Qualquer via anormal pode ser considerada integrante da qualificadora em estudo (ex.: um túnel).

No que tange à prova pericial, há decisões jurisprudenciais considerando-a dispensável nos casos de escalada porque normalmente não deixa vestígios. No entanto, é de todo aconselhável sua realização, mesmo porque também há

decisões que consideram o exame pericial indispensável, especialmente quando há vestígios (ex.: marcas de pés no muro, mãos etc.). Em geral, nestes casos, mesmo não havendo vestígios, costuma-se elaborar um croqui, indicando o *modus operandi* do agente e, principalmente, a altura dos obstáculos galgados.

Destreza "é a habilidade física ou manual do agente, que possibilita a subtração sem que a vítima perceba" (MIRABETE, 2011, p. 215). Esta qualificadora só é afastada se o agente é inábil. Porém, se ele age com habilidade, mas mesmo assim não consegue consumar o crime, responde por tentativa de furto qualificado.

Também deve-se ter ciência de que a destreza refere-se tão somente à especial habilidade física ou manual de retirar objetos que as pessoas trazem junto a si sem que estas percebam. Não configuram a qualificadora em estudo outras especiais capacidades que podem de alguma forma auxiliar nos casos de furtos ou outros crimes patrimoniais, tais como conhecimentos especiais de informática, noções especiais de uso de explosivos, capacidade de abrir cofres ou fechaduras etc. Nestes casos podem configurar-se outras qualificadoras (*v.g.* fraude, rompimento de obstáculo, chave falsa etc.), mas não a destreza.

Com emprego de chave falsa

Caracteriza "chave falsa" a imitação da verdadeira ou qualquer instrumento utilizado para fazer funcionar mecanismo das fechaduras (gazuas, michas, grampos etc.).

Quando o agente pega a chave verdadeira para depois usá-la para o furto não se configura a qualificadora da chave falsa, podendo reconhecer-se, porém, aquela referente ao emprego de fraude, uma vez que seria absurdo considerar-se a "chave verdadeira" como "chave falsa". O mesmo se diga de casos em que o agente se utiliza da chave verdadeira deixada na porta por esquecimento da própria vítima, apenas com a diferença de que nestes casos não há que se falar em crime qualificado pela fraude, mas sim de furto simples.

A ligação direta para furto de veículo automotor não caracteriza a qualificadora em estudo. A jurisprudência tem entendido que não há a qualificadora da chave falsa nesses casos, pois não há o objeto material necessário à sua configuração (chave falsa ou instrumento similar). Pode haver a qualificadora em destaque se o agente se utiliza de instrumentos para abrir o carro.

A perícia pode comprovar o uso de chave falsa para a prática do crime, mesmo não se logrando apreender o instrumento. Não obstante, acaso este seja

apreendido, deve, necessariamente, ser submetido a exame pericial para aferição de sua eficácia.

Quando o autor não se utiliza da chave falsa para a subtração, ou seja, anteriormente ou concomitantemente a esta, mas apenas depois, como no exemplo do ladrão que usa chave falsa para abrir um cofre em seu esconderijo após subtraí-lo, não se configura a qualificadora. A lei exige que o emprego seja para a prática da subtração, devendo ocorrer, portanto, durante a execução do furto, e não após sua consumação.

Mediante concurso de duas ou mais pessoas

Há nesse caso indicação de maior periculosidade dos agentes que unem esforços para melhor execução do crime.

Pode um dos agentes ser menor ou inimputável, configurando a qualificadora da mesma maneira. Em sendo o crime praticado com um menor pode haver infração em concurso formal com o art. 244-B do ECA – Lei n. 8.069/90 (corrupção de menores).

Não há necessidade de que os participantes atuem na execução da subtração, configurando a qualificadora, por exemplo, a participação intelectual ou o chamado “olheiro”. Apenas Nelson Hungria discorda desse entendimento que prolifera na doutrina em geral, sustentando a tese de que para a configuração da qualificadora em estudo é necessário que as pessoas participem diretamente da prática da subtração (HUNGRIA, 1967, p. 46).

Se houver a configuração do crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP), afasta-se a qualificadora, restando concurso material de crimes de furto e quadrilha ou bando, evitando-se o *bis in idem*.

Concomitância de qualificadoras

Havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas serve para qualificar o crime e as demais devem ser apreciadas na dosimetria da pena nos termos do art. 59, CP (DELMANTO, 2010, p. 346; CAPEZ, 2010, p. 388, e TELES, 2004, p. 359). Há autores (MIRABETE, 2011, p. 216) que equivocadamente sugerem que a segunda qualificadora seja utilizada como circunstância agravante genérica nos termos do art. 61, CP. Tal solução, no caso do furto, é inviável simplesmente porque não há menção no art. 61 dos casos que configuram qualificadoras desse crime, de maneira a tornar impossível o recurso a essa operação.

Furto de veículo automotor – qualificadora especial (art.

155, § 5º, CP)

Com o crescimento da prática de furto de automóveis o legislador criou uma nova modalidade especial de crime qualificado no art. 155, § 5º, CP, por meio da Lei n. 9.426/96, que promoveu reformas pontuais nos crimes contra o patrimônio. A pena para estes casos é ainda maior do que para o § 4º (reclusão de 3 a 8 anos).

Não obstante, não foi o furto de veículos automotores que foi erigido simplesmente a crime qualificado especial, somente tendo em consideração o objeto do delito. Para que o crime seja qualificado de conformidade com o § 5º, além de o objeto material necessitar ser um veículo automotor, este deverá ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Havendo infringência a casos do § 4º e § 5º concomitantemente, será aplicado somente o § 5º, servindo as circunstâncias do § 4º como critério definidor da pena-base nos termos do art. 59, CP.

O furto de peças de veículos automotores, ainda que levadas para outro Estado ou para o exterior, não configura a qualificadora do § 5º.

Um problema bastante grave encontra-se na descrição típica. A Lei n. 9.426/96 ao tratar da receptação faz diferenciação entre “transportar” e “conduzir”, levando a doutrina a considerar que não são expressões sinônimas de acordo com a legislação. Assim teríamos: a) transportar – seria o ato de levar o automóvel em outro veículo (a bordo); b) conduzir – seria o ato de guiar o veículo (o próprio autor do furto ou terceiro), importando que o carro se locomova com a força de seu próprio motor.

Essa diferenciação gera uma relevante crítica à redação do § 5º do art. 155, CP, que só menciona “transportar”, ficando a descoberto a conduta de quem leve o próprio carro para outro Estado ou para o exterior.

Outra questão se refere à necessidade de que para configurar a qualificadora o veículo tenha de efetivamente cruzar as fronteiras de um outro Estado ou país. Se isso não ocorre a solução é o furto simples ou então, conforme o caso, a aplicação do § 4º, afastando-se o § 5º. Inclusive, em virtude disso, tem entendido a doutrina predominante ser inviável a figura da tentativa dessa qualificadora. Afirmam os autores que para que o tipo penal se complete é necessário que o autor primeiro obtenha a subtração, de forma que passe então a transportar o veículo para outro Estado ou para o exterior. Nessa ocasião já se estaria diante de um crime consumado, de forma que seria inviável pensar-se em um retorno para a fase de tentativa. Assim sendo, ou bem o agente subtrai o veículo e logra

transportá-lo para outro Estado ou para o exterior, e o crime previsto no § 5º se consuma; ou então subtrai o veículo e, ao não conseguir seu intento de transportá-lo para outro Estado ou para o exterior, deve responder por crime de furto simples ou qualificado com base no § 4º, também consumados, inexistindo a possibilidade de reconhecimento de tentativa do § 5º. Mesmo quando o agente seja surpreendido tentando ainda subtrair com a finalidade de transportar o carro para outro Estado ou para o exterior, haveria tentativa de furto simples ou qualificado com base no § 4º. Isso porque o § 5º não faz menção ao móvel subjetivo do agente, ou seja, à sua intenção de transportar o veículo para outro Estado ou para o exterior, e sim ao fato concreto de que o veículo "venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior". Este aspecto tem sido objeto de críticas e sugestões de reforma pela doutrina, aduzindo-se que melhor seria que o legislador não houvesse dito "venha a ser transportado", e sim utilizado alguma expressão que designasse o desejo do agente de transportar o veículo para outro Estado ou para o exterior (BITENCOURT, 2010, p. 60).

Por outro lado, autores como Capez (2010, p. 396) e Moura Teles (2004, p. 359) aduzem que em regra a tentativa será impossível, mas poderia ocorrer em casos de subtrações de veículos automotores em localidades próximas a fronteiras, sendo fato que o autor do crime desde a subtração não tenha a posse tranquila do produto, embora consiga cruzar a linha fronteiriça, sendo detido e preso pela polícia logo em seguida.

Celso Delmanto chama a atenção para o fato de que o legislador olvidou um aspecto importante no que se refere a esse transporte do veículo. Esqueceu-se de mencionar o Distrito Federal, de modo que se alguém furta um veículo automotor, transportando-o de um Estado para o Distrito Federal ou vice-versa, não se configura a qualificadora em estudo (DELMANTO, 2010, p. 347).

Outra crítica presente em praticamente toda a doutrina a respeito das inovações impostas pela Lei n. 9.246/96 refere-se ao fato de que o legislador olvidou prever a pena de multa para o crime qualificado do § 5º, abandonando tradicional tratamento da matéria referente aos crimes patrimoniais em geral.

Por derradeiro faz-se mister tratar da questão do objeto material da conduta do § 5º do art. 155, CP, qual seja, o significado da expressão utilizada pelo legislador: "veículo automotor".

A maioria da doutrina aborda a questão de maneira superficial, dando uma resposta rápida sem muita reflexão. Tais autores simplesmente consideram como abrangidos pela expressão "veículo automotor" quaisquer veículos dotados de

motor a propulsão e que se movam por seus próprios meios. Os exemplos passam pelos veículos a motor utilizados no transporte de pessoas e coisas no trânsito viário terrestre (carros de passeio, motos, caminhões, ônibus etc.), chegando a abranger também outros veículos similares utilizados no transporte aéreo (aeronaves motorizadas – aviões, helicópteros etc.) ou aquático (embarcações a motor – navios, lanchas a motor, *jet ski* etc.).

Embora seja essa a orientação que será encontrada na maior parte dos trabalhos doutrinários, pensamos tratar-se de posicionamento precipitado e irrefletido que não merece guarida.

Em nosso entendimento, para responder o que seja veículo automotor nos termos da Lei n. 9.426/96 é imprescindível indagar se existe uma definição técnica no arcabouço jurídico brasileiro para tal expressão.

Seguindo por esta trilha percebe-se claramente que o eventual alargamento da definição de veículo automotor a quaisquer engenhos capazes de se locomover com motor próprio e força de propulsão ali gerada, incluindo-se embarcações e aeronaves, poderia até ser possível antes do advento do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23-9-1997). Isso porque sob a égide do então Código Nacional de Trânsito (Lei n. 5.108, de 21-9-1966) e seu Regulamento (Decreto n. 62.127, de 16-1-1968), a definição de veículo automotor era realmente pulverizada e carente de uma conceituação detalhada. Por seu turno, o novo Código de Trânsito Brasileiro, em seu Anexo I (“Dos conceitos e definições”), apresenta uma clara conceituação, considerando como veículo automotor “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 ou coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)”. Além disso, o Código de Trânsito Brasileiro equipara os ciclomotores às motocicletas e, consequentemente, considera-os não mais como outrora (veículos de propulsão humana), mas sim como espécies de veículos automotores.

Temos então uma definição técnico-jurídica do que seja veículo automotor no Código de Trânsito Brasileiro e a ela devemos recorrer ao buscarmos o sentido do vocábulo empregado na lei penal por força das reformas introduzidas pela Lei n. 9.426/96. Outra não é a orientação de Carlos Maximiliano ao asseverar que “o juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência

pela linguagem técnica" (MAXIMILIANO, p. 109). Portanto, não se pode admitir, com o advento do Código de Trânsito Brasileiro, interpretação ampliativa para o significado de veículo automotor nos dispositivos em estudo. Somente se poderão considerar abrangidos aqueles que, além de dotados de motor de propulsão própria, sejam utilizados para o *transporte viário terrestre*, excluídas, desse modo, embarcações, aeronaves e outros veículos que não se subsumam perfeitamente ao conceito legal agora claramente estabelecido. Aliás, ainda que antes do advento do Código de Trânsito Brasileiro, a ampliação do conceito não se justificaria em face da motivação da iniciativa promovida pela Lei n. 9.426/96 explicitada em sua Exposição de Motivos: o legislador deixa ali claro que as alterações levadas a efeito destinam-se "a combater uma crescente e inquietante forma de criminalidade de nossos dias", o que certamente não diz respeito a outras subtrações que não as de automóveis, caminhões, motocicletas e demais veículos adequáveis à definição do Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro.

Também não é de procedência a alegação de que o legislador ao elaborar a Lei n. 9.426/96, de 24 de dezembro de 1996, faria uso de um sentido vulgar de "veículo automotor", pois que ainda inexistente o conceito do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23-9-1997). Na realidade, com o seu advento, se eram viáveis interpretações abertas, tornaram-se vedadas por estrita observância do basilar Princípio da Legalidade, servindo a definição ora vigorante para o âmbito penal, seja dos dispositivos dessa natureza existentes no próprio CTB (arts. 302 a 312), seja para outros tipos penais que façam menção ao conceito técnico. A ampliação desse conceito só pode ocorrer por expressa disposição legal que o pretenda, uma vez que em matéria penal a analogia só é possível *in bonam partem*. Ademais, como já frisado anteriormente, mesmo antes da vigência do CTB, em face da *mens legis* explicitada na Exposição de Motivos da Lei n. 9.426/96, seria aconselhável ao intérprete a restrição do conceito de veículos automotores àqueles utilizados no transporte viário terrestre de pessoas e coisas, pois que nítida a impressão de que as alterações legais nada tinham a ver com furtos de embarcações ou aeronaves (ver neste sentido CABETTE, 2001; TELES, 2004, p. 358, e MIRABETE, 2011, p. 217).

Furto famélico ou necessitado

O furto famélico caracteriza-se quando o agente pratica a subtração com o fim único de saciar a fome própria ou de outrem (podem ser familiares ou não). Não há no caso o intuito de aumentar seu patrimônio mediante a subtração, mas

tão somente a influência de um instinto natural de preservação. Por isso, nos casos de furto famélico não há crime, seja por falta do ânimo de tomar algo para si (fato atípico por ausência do elemento subjetivo do tipo), seja por reconhecimento de Estado de Necessidade (art. 24, CP) ou mesmo por reconhecimento de Inexigibilidade de Conduta Diversa supralegal.

Ação penal

Pública incondicionada.

Furto de Coisa Comum (art. 156, CP)

O crime de furto de coisa comum, previsto no art. 156, CP, tem características muito similares ao crime de furto tipificado no art. 155, CP, de maneira que parcela bastante significativa daquilo que foi comentado anteriormente lhe pode ser aplicada. Por isso, tratar-se-á neste tópico tão somente de alguns aspectos que revelam a especificidade do tipo penal em destaque.

O primeiro aspecto significativo neste caso é que o autor do crime não subtrai coisa alheia, agora ele também é o proprietário da coisa, embora não sozinho.

Ao contrário do furto (art. 155, CP), no furto de coisa comum (art. 156, CP) trata-se de crime próprio. Somente podem praticar o crime determinadas pessoas: a) condômino; b) herdeiro; c) sócio.

A doutrina majoritária afirma que o furto de coisa comum em relação aos sócios só se configura nos casos de “sociedade de fato”. Nas sociedades que se constituem em pessoas jurídicas ocorreria furto comum previsto no art. 155, CP.

Sendo a coisa subtraída fungível, não é punível a subtração que não exceda à cota-parte a que tem direito o agente (art. 156, § 2º, CP).

A ação penal no crime do art. 156, CP, é pública condicionada a representação (art. 156, § 1º, CP). Tendo em vista a pena máxima cominada (detenção de 6 meses a 2 anos ou multa), trata-se de infração penal de menor potencial ofensivo.

Roubo (art. 157, CP)

Conceito

O crime de roubo, a exemplo do furto, consiste na subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem, apenas tendo a característica de que o meio para esta subtração é a violência, a grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza a vítima à impossibilidade de resistência.

Objetividade jurídica

O roubo é um crime complexo, em que a objetividade jurídica imediata é o patrimônio, mas tutela também a integridade física, a liberdade e a vida humana.

Sujeitos ativo e passivo

a) *Sujeito ativo* – é qualquer pessoa por tratar-se de crime comum.
b) *Sujeito passivo* – além do proprietário, possuidor ou detentor da coisa, é qualquer pessoa atingida pela violência ou grave ameaça.

Tipo objetivo

A conduta é subtrair por meio de violência (lesões corporais ou vias de fato), grave ameaça ou qualquer outro meio a reduzir a vítima à impossibilidade de resistência (ex.: drogas, hipnose, bebidas alcoólicas etc.).

Tipo subjetivo

É crime doloso, devendo existir o *animus ren sibi habendi*, com o dolo específico “para si ou para outrem”. Não há modalidade culposa.

Consumação e tentativa

O roubo se consuma quando a coisa sai da esfera de vigilância da vítima (posse tranquila). Há, porém, decisões jurisprudenciais do STF e do STJ indicando a consumação do roubo pelo critério da *amotio*, ou seja, com a simples retirada do bem do local onde se achava (ZAFFARONI; BATISTA, 2006, p. 487). É possível a tentativa, pois trata-se de crime material e plurissubsistente.

Entretanto, quanto à consumação, tendo em vista os bens jurídicos tutelados (crime complexo), há duas correntes: a) o roubo se consuma somente com a subtração da coisa, não bastando a prática da violência ou grave ameaça (majoritária); b) o roubo se consuma logo com a prática da violência ou grave ameaça, independentemente da efetiva subtração (minoritária).

Roubo impróprio (art. 157, § 1º, CP)

Trata-se da situação em que o agente inicialmente pratica a subtração sem o emprego de violência, mas depois, para garantir seu proveito ou impunidade, pratica violência ou grave ameaça. Há, por assim dizer, uma inversão na ordem natural em relação ao roubo próprio.

Note-se, porém, que essa violência ou grave ameaça posterior à subtração para caracterizar o roubo impróprio deve ser *imediata*. Havendo um lapso temporal considerável, haverá outros crimes (*v.g.* art. 129, CP, ou art. 121, § 2º, IV e V, CP).

Diferentemente do roubo próprio, no roubo impróprio somente a violência ou grave ameaça caracterizam a conduta, não havendo previsão de "outros meios que reduzam a vítima à impossibilidade de resistência".

Ensinam a doutrina e a jurisprudência majoritárias que não é possível a tentativa do roubo impróprio porque é necessário que a subtração tenha ocorrido e a violência ou grave ameaça vise somente assegurá-la. Há, porém, decisões jurisprudenciais admitindo a tentativa de roubo impróprio, pois poderia o agente, após a subtração, ser detido ao tentar usar de violência para assegurar a posse do objeto ou sua impunidade (FRANCO, 1995, p. 2014-2015).

Roubo com aumento de pena (art. 157, § 2º, I a V, CP)

Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma

O emprego de arma denota não só a maior periculosidade do agente, como maior perigo à incolumidade física e à vida da vítima.

O sentido da palavra "arma" é amplo, ou seja, qualquer instrumento vulnerante, abrangendo as armas próprias (revólver, espingarda, pistola, metralhadora etc.) e as impróprias (faca de cozinha, pedaço de pau, foice, navalha, canivete etc.).

Certamente o maior questionamento acerca desta causa de aumento de pena refere-se ao uso da chamada "arma de brinquedo".

Não há dúvida de que a arma de brinquedo serve para configurar a figura do roubo simples por meio da grave ameaça, desde que idônea a provocar a intimidação da vítima.

A questão intrincada refere-se à configuração ou não da causa especial de aumento de pena, de forma que inicialmente poderíamos reduzir os posicionamentos da doutrina basicamente a duas correntes: a) a dos que não admitem a causa de aumento de pena em estudo para as armas de brinquedo, pois enfatizam que o motivo da exasperação seria especialmente o maior perigo

que a arma ocasionaria à incolumidade física da vítima. Além disso, também argumentam sobre a infração ao Princípio da Legalidade, já que “brinquedo não é arma e arma não é brinquedo” (CINTRA JÚNIOR, 1997, p. 1.) (Corrente Objetiva); b) a dos que admitem a causa de aumento pela arma de brinquedo, pois que enfatizam o maior potencial intimidativo da conduta, independentemente do maior perigo à incolumidade da vítima (Corrente Subjetiva).

Esse debate seguiu-se por muito tempo na doutrina e na jurisprudência até a edição da Súmula 174 do STJ, que dizia:

No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena.

A partir de então teríamos uma pacificação em termos para a matéria. No entanto, houve uma grande reação por parte da doutrina, criticando severamente o enunciado da Súmula supratranscrita. Ocorreu então algo inusitado. No ano de 2001 (decisão proferida em 24 de outubro de 2001), decidiu o STJ cancelar a Súmula 174, de forma que, numa interpretação *contrario sensu* do referido decisório, conclui-se que atualmente entende-se que a arma de brinquedo não é idônea para configurar a causa especial de aumento de pena.

Em nosso entendimento esta é realmente a melhor orientação sobre o tema, já que vige o Princípio da Legalidade Estrita no campo penal e, efetivamente, uma chamada “arma de brinquedo” é, na verdade, um brinquedo, e não uma arma. Eventual equiparação configuraria espúria analogia *in malam partem*.

De outra banda, vêm entendendo a doutrina e a jurisprudência que o uso de arma descarregada ou defeituosa é idôneo para a configuração da causa especial de aumento de pena, pois que, neste caso, tratar-se-ia de arma real e capaz de intimidar, de forma que não estaria havendo uma analogia proibida. Entretanto, há claros sinais de que a jurisprudência tende a alterar esse entendimento, migrando para o pensamento da inadequação da arma defeituosa ou descarregada para a configuração da majorante.

Quando o agente apenas porta a arma, mas não a utiliza para a subtração, não se configura a causa especial de exasperação, já que a arma tem de ser empregada, no mínimo, com sua exibição ostensiva.

Se há concurso de duas ou mais pessoas

Ver a respeito as mesmas observações feitas sobre a qualificadora nos casos de furto.

Se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância

São exigidos dois requisitos para que se perfaça a causa de aumento de pena: a) vítima em serviço de transporte de valores (dinheiro, selos, pedras ou metais preciosos etc.). Os valores devem pertencer a terceiros, e a vítima os transporta (ex.: roubos de carros-fortes). O dispositivo fala em transporte de "valores", portanto os famosos "roubos de carga", tão comuns hoje em dia, não configuram a qualificadora; b) conhecimento do agente acerca do transporte de valores. Trata-se de um elemento subjetivo do tipo indispensável à sua configuração, significando que o agente deve direcionar sua conduta àquela vítima justamente por saber que ela está transportando valores.

Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou para o exterior

Ver observações feitas sobre a qualificadora idêntica do crime de furto.

Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade

São os casos em que para a prática da subtração o agente mantém a vítima em seu poder. Normalmente, para que ocorra esta causa de aumento de pena já estarão presentes outras, tais como emprego de arma ou concurso de pessoas, vindo geralmente a funcionar somente como circunstância judicial (art. 59, CP).

Este inciso foi incluído no art. 157, CP, pela Lei n. 9.426/96 e antes disso havia nesses casos as seguintes soluções jurisprudenciais: a) roubo e sequestro em concurso material; b) roubo e sequestro em concurso formal; c) roubo, sendo o sequestro absorvido como crime-meio.

Hoje, a questão é saber quando se aplica o art. 157, § 2º, V, e quando pode haver concurso. Além disso, com o advento da Lei n. 11.923/2009 acresce-se a necessidade de saber discernir entre a tipificação do art. 157, § 2º, V, CP e o art. 158, § 3º, CP, nos casos do denominado "sequestro relâmpago".

Basicamente destacam-se as seguintes soluções quanto ao concurso com o crime de sequestro (art. 148, CP):

Para Damásio E. de Jesus e Cezar Roberto Bitencourt (JESUS, 2005, p. 4; BITENCOURT, 2010, p. 12):

a) Se o sequestro for anterior ou concomitante à subtração, para assegurar esta ou escapar da ação policial (crime-meio), aplica-se o art. 157, § 2º, V, CP, e

afasta-se o concurso.

b) Se o sequestro (art. 148, CP) é praticado depois da subtração, haverá concurso material entre roubo e sequestro, afastada a qualificadora do art. 157, § 2º, V, CP.

Por seu turno, Eduardo Araújo da Silva (SILVA, 1997, p. 11) apresenta uma solução diferenciada, baseada nos verbos dos tipos penais em testilha. Para esse autor a distinção se faria tão somente pelo maior ou menor lapso temporal da privação/restrição de liberdade da vítima. Isso porque o art. 148, CP, usa o verbo "privar" a liberdade, indicando um tempo maior e maior ataque ao bem jurídico. De sua banda, no art. 157, § 2º, V, CP, se usa o verbo "restringir" a liberdade, indicando um tempo menor e menor ataque ao bem jurídico. Desse modo, se houver um lapso temporal mais largo, haveria concurso material entre roubo e sequestro. Porém, sendo esse período menor, haveria a tipificação do art. 157, § 2º, CP, afastada a causa de aumento de pena.

Entendemos que ambos os critérios diferenciadores acima apresentados não se excluem mutuamente, ao contrário, podem complementar-se e orientar o aplicador do Direito e o estudioso na solução dos casos concretos.

O advento da Lei n. 11.923/2009 com a pretensão de tipificar o chamado "sequestro relâmpago" trouxe nova polêmica e dificuldade sobre o tema. É agora preciso saber quando aplicar o tipo penal do roubo qualificado acima mencionado e quando aplicar o tipo da extorsão qualificada (art. 157, § 3º, CP). Obviamente o advento da Lei n. 11.923/2009 não teve o poder de fazer tipificar todos os casos no art. 158, § 3º, CP, como parece ter sido o desejo frustrado do legislador. O art. 157, § 2º, V, CP, não foi revogado nem expressa nem tacitamente, de modo que a questão somente pode ser resolvida mediante uma inicial triagem de casos, concluindo-se pela ocorrência de roubo ou de extorsão em cada situação concreta, para depois deliberar qual será a figura qualificada a ser aplicada.

Para tanto se remete o leitor ao próximo item, em que se desenvolverá o estudo do crime de extorsão e sua distinção com relação ao crime de roubo. Também se recomenda a leitura, para maior aprofundamento do tema, do artigo de nossa autoria intitulado "A Lei n. 11.923/2009 e o famigerado sequestro relâmpago. Afinal, que raio de crime é esse?" (CABETTE, 2009).

Roubo qualificado pelas lesões corporais de natureza grave ou morte (latrocínio)

Ocorre sempre que da violência utilizada pelo autor do crime para a subtração resultarem: a) lesões corporais graves; b) morte.

Esses resultados mais gravosos devem advir do emprego da violência, pois, se forem oriundos de grave ameaça (ex.: vítima sofre um enfarte), não se configurará o tipo penal qualificado.

A qualificação pode ocorrer tanto nos casos de roubo próprio como de roubo impróprio. No entanto, em havendo concomitância de incidências nos casos do § 2º e do § 3º, as penas serão aquelas do § 3º, sem aplicação de aumento, devendo as causas do § 2º ser levadas em consideração tão somente na individualização da pena nos termos do art. 59, CP.

Em ambas as situações qualificadoras basta que a violência seja empregada *para o fim de obter a subtração*. Por exemplo, sempre que o agente "matar *para* roubar" ocorrerá o latrocínio.

A conduta dolosa quanto à morte e a conduta preterdolosa quanto à morte servem para configurar o crime de latrocínio, pois a morte, nos dois casos, foi *meio* para a subtração.

Nos casos de latrocínio pode haver morte de pessoa diversa daquela que sofre a subtração. No entanto, a morte de um coautor não caracteriza o latrocínio, já que inexiste a relação de causalidade do evento com o objetivo dos autores.

Consumação e tentativa do latrocínio

Obviamente a consumação ocorre com a efetiva subtração e a morte da vítima. Surge o problema quando um dos elementos do crime complexo não se perfaz, variando então as soluções ofertadas pela doutrina e pela jurisprudência: a) se ambos não se consumam (o agente tenta matar para subtrair e não consegue subtrair nem matar), aceita-se pacificamente a ocorrência de tentativa; b) se consegue a subtração, mas a vítima não morre, costuma-se também reconhecer a tentativa de latrocínio, embora haja alguma controvérsia na doutrina (posições minoritárias); c) a situação mais conturbada acontece quando ocorre a morte, mas não a subtração.

Nessas circunstâncias há variadas posições e decisões jurisprudenciais, mas tem prevalecido a tese do latrocínio consumado, de acordo com a Súmula 610, STF, com a seguinte dicção: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima".

Crime hediondo

O art. 1º, II, da Lei n. 8.072/90, considera o latrocínio como crime hediondo.

Refere-se expressamente à figura do roubo qualificado pela morte, ou seja, a parte final do § 3º, do art. 157, CP, de forma que o roubo qualificado pelas lesões graves e as demais formas de roubo (simples ou com aumentos de pena) não são consideradas crimes hediondos.

Ação penal e competência

A ação penal para o crime de roubo em todas as suas formas é pública incondicionada.

Já houve muita discussão acerca da competência para o julgamento do latrocínio, pois havendo a morte poderia ser do Júri como do Juiz Singular devido a ser crime contra o patrimônio (NORONHA, 1990, p. 250-255). Hoje, porém, trata-se de tema superado, pois que é pacífico o entendimento de que o latrocínio é de competência do Juiz Singular, dada sua característica de crime patrimonial. Há inclusive a Súmula 603, STF, nesse sentido.

Extorsão (art. 158, CP)

Conceito

O primeiro ponto relevante é a distinção entre o crime de extorsão e outros ilícitos penais algo semelhantes:

a) *Extorsão e Roubo* – a extorsão se distingue do roubo pelo fato de que nela não é o agente que subtrai a coisa, e sim a vítima que é obrigada a entregá-la ao agente. Também se argumenta que na extorsão a vítima ainda tem alguma deliberação, alguma liberdade para entregar ou não a coisa, enquanto no roubo essa liberdade é nula. Portanto, não somente o fato de ser a vítima que entrega ou o agente que subtrai é que diferencia esses crimes, mas também a maior ou menor chance de opção da vítima. Exemplificando: o agente pode ser obrigado a entregar a carteira ameaçado com arma de fogo e, no entanto, tratar-se de roubo, pois não lhe havia qualquer opção, como, por exemplo, no caso de uma chantagem.

b) *Extorsão e Estelionato* – na extorsão o agente entrega a coisa mediante ameaça ou violência, não havendo de sua parte nenhuma espontaneidade. Já no estelionato, a vítima é levada a erro (sem violência ou grave ameaça) e, inicialmente, entrega de bom grado a coisa.

Objetividade jurídica

Trata-se de crime complexo, sendo, portanto, defendidos vários bens

jurídicos (patrimônio, integridade física e liberdade).

Sujeito ativo

O crime é comum, de modo que qualquer pessoa pode cometer. No entanto, se o agente é funcionário público e exige vantagem em razão da função, o crime é de concussão (art. 316, CP). Mas, se esse funcionário, para obter a vantagem, usa de violência ou grave ameaça, o crime não é de concussão, mas de extorsão (CAPEZ, 2010, p. 428; MIRABETE, 2011, p. 234).

Sujeito passivo

Qualquer pessoa.

Tipo objetivo

A conduta é constranger (obrigar, forçar, coagir), sendo o meio empregado para esse constrangimento a violência ou a grave ameaça. Essa violência ou grave ameaça deve objetivar uma conduta por parte da vítima (fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer algo). O objeto material pode ser bens móveis ou imóveis.

Tipo subjetivo

É o dolo e com o dolo específico de "obter vantagem *econômica* indevida para si ou para outrem".

Consumação e tentativa

Há duas correntes acerca do tema: a) considera-se crime formal, bastando que a vítima faça, deixe de fazer ou tolere que se faça algo, não havendo necessidade de que o agente tenha a vantagem econômica para a consumação (entendimento majoritário); b) considera-se crime material, de modo que só se consuma quando o autor obtém a vantagem (entendimento minoritário).

Em ambos os casos, porém, seria cabível a tentativa. No primeiro (formal) desde que a ameaça, por exemplo, não chegasse ao conhecimento da vítima ou, mesmo chegando e sendo idônea, mas a vítima não se intimidasse.

Extorsão com aumento de pena e qualificada

Ver comentários já expendidos sobre o crime de roubo, com referência ao art. 158, §§ 1º e 2º, CP. Quanto ao chamado "sequestro relâmpago" (art. 158, § 3º, CP) cabem algumas observações importantes:

a) Em primeiro lugar o novo tipo penal não tem o condão de tipificar todos os casos do popularmente denominado “sequestro relâmpago”. Haverá casos de roubo que continuarão sendo normalmente tipificados no art. 157, § 2º, V, CP, tudo dependendo sempre de uma triagem inicial, discernindo-se sobre a ocorrência *in casu* de roubo ou de extorsão. Somente quando se concluir pela ocorrência de uma extorsão é que se poderá cogitar da aplicação do art. 158, § 3º, CP, havendo cerceamento da liberdade deambulatória da vítima. Também não se pode esquecer da possibilidade de concurso de crimes, seja entre roubo e sequestro (art. 148, CP), seja entre extorsão e sequestro (art. 148, CP). Isso quando não houver nexo de necessidade entre o sequestro e o roubo ou a extorsão. A própria redação do § 3º, do art. 158, CP, dada pela Lei n. 11.923/2009, deixa isso bem claro ao exigir que o sequestro seja condição “necessária para a obtenção da vantagem econômica”. Para que se tipifique o roubo ou a extorsão qualificados pelo cerceamento de liberdade da vítima o sequestro deverá ser meio para a execução dos crimes patrimoniais. Se ele (sequestro) for praticado apenas no contexto de um roubo ou de uma extorsão, mas sem nexo de necessidade, ou seja, não sendo “meio” para a prática do roubo ou da extorsão, será o caso de concurso de crimes. Finalmente, não se pode perder de vista a possibilidade de tipificação, em certos casos, do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, CP). Isso ocorrerá em situações mais graves em que o tempo de cerceamento da liberdade da vítima for mais alargado, bem como houver refém cuja libertação se faça depender do pagamento de resgate.

b) A Lei n. 11.923/2009 criou uma nova qualificadora no crime de extorsão e dentro dela distinguiu três figuras:

Uma primeira em que o crime se qualifica, com pena de reclusão, de 6 a 12 anos, além da multa, pelo simples fato de haver “restrição da liberdade da vítima” como meio para a prática da extorsão. Nesse caso não se fala em resultados mais gravosos como lesões graves ou morte.

Em outra figura, na parte final do dispositivo enfocado, prevê as outras duas hipóteses qualificadoras. Nesses casos, descreve o legislador a extorsão com restrição da liberdade da vítima somada ao fato de que ocorram lesões graves ou morte. Nessas duas situações últimas estabelece as mesmas penas do crime de extorsão mediante sequestro qualificado por lesões graves ou morte respectivamente (art. 159, §§ 2º e 3º, CP). Assim sendo, doravante se ocorrer um crime de extorsão simples (sem restrição de liberdade nem resultados gravosos de lesões graves ou morte) aplicar-se-á o art. 158, *caput*, CP, ou no

máximo o art. 158, § 1º, CP (extorsão com aumento de pena), acaso haja concurso de agentes ou emprego de arma. Por outro lado, se ocorrerem lesões graves ou morte, mas em extorsões praticadas sem cerceamento de liberdade da vítima, aplicar-se-á normalmente o art. 158, § 2º, CP, que remete ao art. 157, § 3º, CP. Finalmente, se ocorrer extorsão com restrição da liberdade da vítima, mas sem os resultados mais gravosos de morte ou lesões graves, aplicar-se-á o art. 158, § 3º, primeira parte, CP, com pena de reclusão de 6 a 12 anos e multa. E se houver restrição de liberdade e ainda a morte ou lesões graves, aplicar-se-á a parte final do art. 158, § 3º, CP, que remete a penas do art. 159, §§ 2º e 3º, CP.

Note-se que também a extorsão qualificada pela morte é crime hediondo (art. 1º, III, da Lei n. 8.072/90).

O advento da Lei n. 11.923/2009 trouxe mais um problema ao já conturbado arcabouço jurídico-penal brasileiro, especialmente no relacionamento entre a matéria codificada e a abundante legislação esparsa. Ocorre que a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) prevê como crime hediondo a extorsão qualificada pela morte, especificando em parênteses que tal se refere ao art. 158, § 2º, CP (art. 1º, III, da Lei n. 8.072/90). Com o advento da Lei n. 11.923/2009 e a criação do § 3º, do art. 158, CP, para tratar das extorsões com restrição da liberdade da vítima, inclusive daquelas com resultado morte ou lesões graves, o legislador ensejou uma contradição lamentável, mas cuja solução somente seria possível mediante uma violação ao “Princípio da Legalidade”.

A legislação empresta um tratamento mais rigoroso à extorsão mediante restrição da liberdade da vítima, mas ao mesmo tempo passa a extorsão qualificada pela morte sem restrição da liberdade a ser crime hediondo (art. 1º, III, da Lei n. 8.072/90), enquanto que a extorsão com o mesmo resultado e ainda praticada mediante cerceamento de liberdade não o é.

Certamente haverá aqueles que pretenderão indicar a tipificação hedionda para os casos de morte do § 3º. Os argumentos serão possivelmente o fato de que o legislador cometeu um lapso ao não ajustar a Lei n. 8.072/90 à nova realidade e de que este não poderia ter em 1990 previsto os casos de um § 3º, que somente adveio em 2009. Ademais, a determinação final do § 3º, do art. 158, CP, de aplicação das mesmas penas do crime de extorsão mediante sequestro qualificado (crime sem nenhuma dúvida hediondo, inclusive em sua forma simples), levaria à conclusão de equiparação das situações, justificando a qualificação hedionda da extorsão qualificada pela morte com restrição de liberdade, bem como a aplicação do aumento de pena para a extorsão qualificada

pela morte ou lesões graves, praticada com restrição da liberdade da vítima. A própria contradição que destrói toda a sistemática legal estaria a apontar a possibilidade de uma interpretação ampliativa nesses casos. Aliás, Rogério Sanchez Cunha e Luiz Flávio Gomes já se manifestaram pela aplicabilidade das regras da Lei dos Crimes Hediondos ao § 3º, do art. 158, CP, considerando-o um mero desdobramento do antigo § 2º, do mesmo dispositivo (CUNHA; GOMES, 2009).

Embora tais argumentos apresentem certa coerência e possam ser construídos na tentativa de colmatar uma lamentável lacuna legal e reconstruir uma sistemática coerente, não devem ser acatados, pois que implicariam numa nítida violência ao "Princípio da Legalidade". Com o advento da Lei n. 11.923/2009 as extorsões com restrição da liberdade qualificadas pela morte não são hediondas. Isso simplesmente porque a lei assim não prevê, restringindo a aplicabilidade do dispositivo do art. 1º, III, da Lei n. 8.072/90 aos casos específicos do § 2º, do art. 158, CP. Uma lei penal restritiva deve ser restritivamente interpretada, não comportando ampliações ou analogias. Cabe ao legislador, obedecendo à estrita legalidade, alterar a Lei n. 8.072/90 para adequá-la à nova realidade. Não cabe aos intérpretes ou aplicadores do Direito violar o "Princípio da Legalidade" para consertar os equívocos do legislador. Admitir essa hipótese seria extremamente pernicioso ao sistema garantista erigido constitucionalmente, conflitando com a própria conformação de um Estado Democrático de Direito.

Ação penal

Pública incondicionada.

Extorsão Mediante Sequestro (art. 159, CP)

Tendo em vista o estudo anterior da extorsão simples (art. 158, CP), cujos preceitos são aplicáveis ao crime ora enfocado, apenas com a diferença de que neste o meio para o alcance da vantagem é o sequestro, faremos apenas algumas observações sobre itens relevantes.

Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, mas se um policial mantém pessoa ilegalmente presa, exigindo vantagem para soltá-la, não comete crime funcional, e sim extorsão mediante sequestro.

Tipo objetivo

Importa ter em mente que o sujeito passivo do crime somente pode ser pessoa. Dessa forma um animal não pode ser objeto de extorsão mediante sequestro, ainda que arrebatado e exigido resgate para sua devolução. Neste caso ocorrerá o crime de extorsão do art. 158, CP. Também o cadáver não pode ser objeto desse delito. Sua subtração não configura extorsão mediante sequestro. No caso pode haver o crime previsto no art. 211, CP, e, havendo exigência de vantagem econômica para sua restituição, crime de extorsão (art. 158, CP) em concurso material.

O crime é permanente, persistindo a consumação enquanto houver a privação de liberdade do refém, dependente da ação do agente.

Há afirmação na doutrina de que o crime seria excluído se houvesse ao invés de sequestro o cárcere privado (NORONHA, 1990, p. 271). No entanto, tal afirmação não serve para afastar a incidência do tipo penal em todos os casos, independentemente de configuração de sequestro ou cárcere privado, eis que se a lei pune o menos (sequestro), deve punir o mais (cárcere privado).

Algumas distinções são relevantes: a) sequestro ou cárcere privado (art. 148, CP) – a conduta é a mesma, só que não há o objetivo de obter vantagem econômica indevida com ela; b) redução à condição análoga à de escravo (art. 149, CP) – o objetivo aqui é a exploração da força de trabalho sem contraprestação.

Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o simples sequestro (privação da liberdade da vítima). É crime formal e não exige a efetiva obtenção da vantagem almejada para sua consumação, sendo que esta configurará mero exaurimento.

Embora formal, o crime admite tentativa porque é plurissubsistente (conduta fracionável). Exemplo: agente é detido quando está arrastando a vítima para um automóvel a fim de levá-la ao cativeiro.

Formas qualificadas

Dispõe o art. 159, § 1º, CP, que a pena será de reclusão de 12 a 20 anos nos seguintes casos: a) a privação da liberdade durar mais de 24 horas; b) sequestro de menor de 18 anos ou de maior de 60 anos; c) crime cometido por bando ou quadrilha.

Também os §§ 2º e 3º preveem formas qualificadas, nestes casos pelos

resultados respectivamente de lesão corporal grave e morte. Tais resultados devem atingir o sequestrado, e não terceiros, para que o crime se qualifique. É também importante frisar que a lesão grave ou a morte do sequestrado não precisa ser resultado da violência direta dos criminosos, podendo derivar, por exemplo, das condições do cativeiro, pois a lei fala que "se do fato" resultar lesão corporal grave ou morte.

Delação premiada (art. 159, § 4º, CP)

A chamada "Delação Premiada" vem sendo adotada no Direito Penal Brasileiro por assimilação de institutos do Direito Norte-Americano (*Plea Bargaining*) e Italiano (*Pentitismo*).

Sua primeira aparição foi na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), na qual está inserido o crime do art. 159, CP, em casos de quadrilha para a prática de crimes hediondos ou equiparados (art. 8º, parágrafo único). A seguir foi adotada também pela Lei n. 8.137/90 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), conforme alteração promovida pela Lei n. 9.080/95 (art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90). No mesmo ano foi prevista também pela Lei de combate ao Crime Organizado (Lei n. 9.034/95 – art. 6º). A Lei n. 9.269/96 ampliou a aplicação da Delação Premiada a quaisquer casos de extorsão mediante sequestro praticada em concurso de agentes, ainda que não configurando quadrilha ou bando nem crime organizado, mediante a inserção do § 4º no art. 159, CP.

Em 1999 surgiu a Lei n. 9.807, de 13 de julho, que dispõe sobre a proteção às vítimas, testemunhas e acusados que colaboram no esclarecimento de crimes. Esta lei, em seus arts. 13 e 14, ampliou grandemente o campo de aplicação da Delação Premiada, que agora não se restringe às quadrilhas de crimes hediondos, crime organizado, crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo e extorsão mediante sequestro. Agora o instituto irradia-se amplamente a todas as infrações penais e não só é prevista uma redução de pena, mas cria-se hipótese nova de Perdão Judicial.

Verifica-se claramente que o instituto sob comento vem ganhando gradativo espaço na legislação nacional. Tudo isso gera na doutrina uma polêmica que gravita em torno do conflito entre uma visão pragmática e outra visão ética do Direito. Para uns o que importa são os resultados obtidos com o instituto da Delação Premiada. Para outros, ele seria algo abominável como uma contradição interna no Direito, que premiaria condutas reprováveis como a delação e a traição, mal vistas até mesmo entre os mais celerados dos homens (CABETTE,

2001).

Extorsão Indireta (art. 160, CP)

Também o estudo deste tipo penal dispensa a reiteração de todos os itens abordados na exposição da extorsão (art. 158, CP), dadas claras semelhanças. Assim sendo, serão destacados apenas tópicos de interesse, os quais revelam traços singulares dessa conduta típica.

O crime de extorsão indireta prevê a exploração torpe do crédito, em que o credor, além das garantias normais, visa uma vantagem ilícita, qual seja, a de poder dar causa a um processo criminal contra o devedor. Dessa forma, ele exige como garantia de seu crédito algum documento "que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro". Esses documentos podem ser, por exemplo: a) um cheque sem fundos; b) um recibo de depósito inexistente; c) uma carta em que se confessa um crime.

Atente-se que para a configuração da extorsão indireta esses documentos devem servir como garantia de dívida. Se esses documentos são usados para extorquir, mas não havendo a característica de garantia de dívida, o crime é o de extorsão comum (art. 158, CP).

Trata-se de crime de ação múltipla, conteúdo variado ou tipo misto alternativo, vez que tem dois verbos "exigir" e "receber". No caso do primeiro o crime é formal, só sendo possível a tentativa por escrito. No segundo, o crime é material, sendo sempre possível a tentativa.

É bastante comum a ligação desse crime à prática da usura (art. 4º da Lei n. 1.521/51), e a jurisprudência tem entendido que, se configurada a usura, a extorsão indireta resta absorvida (*v.g. Tacrim* 447/400).

Alteração de Limites, Usurpação de Águas e Esbulho Possessório (art. 161, CP)

As infrações penais previstas no art. 161, CP, tratam da apropriação e invasão de bem imóvel e de desvio ou represamento de águas alheias, concedendo a proteção penal ao bem jurídico, afora todo o sistema civil para solução de conflitos dessa espécie. Na alteração de limites o sujeito ativo é o proprietário confrontante do imóvel da vítima (crime próprio, segundo a maioria da doutrina). A conduta consiste em "suprimir ou deslocar" marco divisório do

terreno. O dolo é específico, pois que a ação se dirige ao fim de apropriar-se no todo ou em parte de imóvel alheio. Não há modalidade culposa. O crime é formal, de modo que, havendo a remoção da divisória, não importa se há a apropriação efetiva do imóvel. Esta será exaurimento. É possível a tentativa. Em havendo uso de violência impõe a lei (art. 161, § 2º, CP) concurso material.

Na usurpação de águas protegem-se as águas públicas e particulares, tratando-se de crime comum. Os verbos são "desviar e represar". Só existe modalidade dolosa e a infração é formal, não importando se o agente obtém proveito de sua conduta. É viável a tentativa.

O Esbulho Possessório também tutela a propriedade imóvel. Invade-se terreno alheio em concurso delitivo de mais de duas pessoas e/ou com uso de violência ou grave ameaça. Pela redação típica seria suficiente o número mínimo de três pessoas, mas há decisões jurisprudenciais exigindo a presença de no mínimo quatro para configuração. Só há figura dolosa (dolo específico de perpetrar o esbulho). O crime é comum. A vítima é o dono do terreno invadido. A consumação se dá com a efetiva invasão, mas se trata de crime formal, não necessitando que o agente logre seu objetivo de tomar o imóvel. A tentativa é possível.

Em qualquer dos casos do art. 161, seu § 2º determina o concurso material com o crime relativo à violência empregada para a prática das usurpações imobiliárias.

Supressão ou Alteração de Marca em Animais (art. 162, CP)

O crime tutela a posse e a propriedade de semoventes. Consiste em suprimir (eliminar) ou alterar (modificar) marca em animais (crime de ação múltipla, tipo misto alternativo ou de conteúdo variado), normalmente em gado, pois que é costume a marcação a ferro ou outras técnicas para identificação do dono. O crime é comum e o sujeito ativo também pode ser qualquer pessoa física ou jurídica que detenha a posse ou propriedade do animal objeto da ação. O tipo penal em estudo apresenta um elemento normativo consistente na palavra "indevidamente", de maneira que, se a supressão ou alteração se dá de forma permitida, não há incriminação (por exemplo, com autorização do dono do animal). O gado ou rebanho que tiver a marca identificatória suprimida ou alterada deve ser "alheio", de modo que, obviamente, a alteração ou supressão

de marca em gado próprio não constitui ilícito. Observe-se ainda que a lei apenas prevê a supressão ou alteração de sinal preexistente, de modo que é atípica a conduta daquele que marca gado ou rebanho alheio que não era anteriormente identificado. Essa é, a nosso ver, uma lacuna indesejável da legislação. Não há previsão de conduta culposa. O elemento subjetivo, portanto, é o dolo (dolo genérico). O crime se consuma com a supressão ou alteração do sinal, não importando se haverá ou não lesão patrimonial. A tentativa é possível. A ação penal é pública incondicionada. Ocorrendo crime patrimonial (furto, roubo, estelionato, apropriação indébita), o crime do art. 162, CP, torna-se *post factum* não punível, sendo absorvido como mero exaurimento do crime antecedente. Consigne-se, por oportuno, que a Lei n. 4.714/65 regula as dimensões, localizações e registro de marcas em animais.

Dano (art. 163, CP)

Este é um crime contra o patrimônio em que o agente não deseja assenhorar-se dos bens alheios, e sim destruí-los ou danificá-los. O bem jurídico tutelado é a posse ou propriedade de bens móveis ou imóveis. Trata-se de crime comum, somente não podendo cometer a infração o próprio dono do bem, já que sendo ele o proprietário tem o direito de disposição. Agora se o bem for comum, pode haver crime de dano, desde que seja infungível ou o produtor do dano ultrapasse sua cota – parte. Também não haverá crime de dano, e sim infração ao art. 346, CP, quando o próprio dono destrói coisa própria que esteja em poder de terceiro por ordem judicial ou convenção. A vítima será o proprietário ou possuidor do bem.

O crime de dano é de ação múltipla ou conteúdo variado possuindo três verbos (destruir, inutilizar e deteriorar).

Uma das questões tormentosas no crime de dano era a conduta de “pichação” de muros, fachadas, edifícios etc. No entanto, com o vigor da Lei n. 9.605/98 e seu art. 65, essa conduta passou a ser expressamente regulada.

O crime pode ser perpetrado por ação ou omissão. Exemplifica-se a omissão na conduta de um funcionário que, dolosamente, deixa de lubrificar um equipamento para que este se danifique a fim de prejudicar o patrão.

É importante ressaltar que na seara penal somente é previsto o crime de dano *doloso (dolo genérico)*. O dano culposo pode ocorrer, mas configurará mero ilícito civil.

O crime se consuma com o resultado material (crime material). É possível a

tentativa.

O crime de dano simples é infração de menor potencial ofensivo, pois que sua pena máxima é de seis meses de detenção. Ocorre que a lei também prevê figuras qualificadas nos incisos I a IV do art. 163, parágrafo único, CP. Nesses casos a infração deixa de ser de menor potencial, pois que a pena sobe para "detenção de seis meses a três anos".

A primeira qualificadora se refere ao crime praticado "com violência à pessoa ou grave ameaça". É preciso notar que essa violência ou grave ameaça, para configurar a qualificadora, deve ser meio para a prática do dano. Caso contrário haverá concurso de crimes. Por exemplo: a) um indivíduo quer quebrar o vidro do carro de outrem, mas essa pessoa fica à sua frente, protegendo o veículo. Então ele ameaça a pessoa com uma barra de ferro e consegue afastá-la para praticar o dano. Este é um caso de dano qualificado; b) ocorre uma discussão e então um dos envolvidos quebra a bicicleta pertencente ao outro. Depois, estando este apenas olhando, parte para cima dele e o agride, causando lesões. Trata-se de concurso material de crimes de dano e lesões corporais, e não de crime de dano qualificado. Em ocorrendo o crime de dano qualificado com violência, o dispositivo, em seu preceito secundário, determina que seja aplicado o sistema de cúmulo material. Note-se que o mesmo não ocorre com a ameaça, que será absorvida pelo dano qualificado.

O segundo motivo qualificador é o "emprego de substância inflamável ou explosiva". Observe-se que a lei nesse caso determina que a qualificadora será aplicada somente não havendo "crime mais grave" (*v.g.* explosão ou incêndio – arts. 250 e 251, CP). Nessas hipóteses o dano será absorvido por se tratar de crime subsidiário (subsidiariedade expressa).

A terceira qualificadora diz respeito à especial proteção do patrimônio da "União, Estado, Município ou concessionários de serviços públicos". A qualificação se justifica porque nesse caso não é apenas uma ou algumas pessoas que são atingidas, mas a comunidade social como um todo. Questão controversa diz respeito aos danos perpetrados por detentos em rebeliões ou tentativas de fuga em estabelecimentos penitenciários ou cadeias públicas. No caso de rebeliões ou outras circunstâncias de prática de dano deliberado é pacífico o entendimento de que há o crime de dano. No entanto, quando o dano tem por objetivo a fuga, há decisões jurisprudenciais afastando a tipificação porque não haveria a presença do dolo necessário, sendo o dano mero meio para a fuga. Não obstante a questão não é pacífica, havendo também decisões em contrário (*vide* ANDREUCCI, 2010, p. 436; DELMANTO et al., 2010, p. 597). Em nossa

opinião, não havendo qualquer previsão de dolo específico, razão assiste àqueles que entendem por configurada a tipicidade. Entretanto, em caso de fuga tem predominado o entendimento contrário.

A última qualificadora refere-se ao "motivo egoístico" ou à ocorrência de "prejuízo considerável à vítima". O motivo egoístico está ligado à intenção do agente em obter vantagem pessoal ou patrimonial (*v.g.* prejudicar um concorrente comercial; sabotar a moto de um corredor concorrente em uma prova etc.). Quanto ao prejuízo considerável, este deve ser avaliado em cada caso concreto, inclusive levando em conta as posses da vítima. É também importante nesse caso comprovar a vontade do infrator de ocasionar o dano considerável.

A ação penal é regrada no art. 167, CP. No dano simples (art. 163, *caput*, CP) a ação penal é privada. Já no dano qualificado a ação é pública incondicionada no art. 163, parágrafo único, incisos I, II e III, CP e privada no caso do inciso IV do mesmo dispositivo.

Introdução ou Abandono de Animais em Propriedade Alheia (art. 164, CP)

O bem jurídico tutelado é a propriedade e a posse de imóveis, especialmente seu uso e gozo pelo respectivo titular. O crime é comum, somente não podendo ser cometido pelo próprio dono das terras. O sujeito passivo é o proprietário ou possuidor do bem imóvel no qual os animais são deixados.

Caso o proprietário esteja com o imóvel próprio em posse legítima de terceiros e vier a abandonar animais ali, não poderá ser enquadrado no art. 164, CP, porque este fala em propriedade *alheia*. Restará eventual responsabilização por dano (art. 163, CP). Esse é o posicionamento que vem predominando (HUNGRIA, 1967, p. 113; FRAGOSO, 1977, p. 30; JESUS, 2005, p. 417). Entretanto há quem entenda que a expressão "propriedade" deve ser tomada em um sentido amplo no tipo penal em discussão, de modo que a tutela da posse justificaria que o proprietário de terreno alugado ou arrendado também possa cometer o crime do art. 164, CP (neste sentido minoritário: FARIA, 1961, p. 85-86; NORONHA, 1990, p. 331). Nossa opinião é que a razão assiste à corrente minoritária.

Outra questão está na dicção legal em que se usa a palavra *animais* no plural. Seria necessária a inserção de mais de um animal?

Muito embora haja entendimento de que haveria essa necessidade, entende-se majoritariamente que a lei quis fazer referência ao gênero “animais”, abrangendo qualquer espécie e não referindo-se à quantidade de animais deixados no local, de modo que apenas um já satisfaria o tipo penal (MIRABETE, 2011, p. 244; ver em contrário DELMANTO et al., 2010, p. 599).

O tipo é misto alternativo, dotado de dois verbos (introduzir e deixar). Há crime tanto para aquele que faz entrar animal na propriedade alheia sem consentimento de quem de direito (introduzir), como para aquele que depois de introduzir licitamente o animal (com consentimento), vem a se negar a retirá-lo quando solicitado (deixar).

Somente haverá crime se os animais forem introduzidos ou deixados sem o consentimento de quem de direito, bem como se houver prejuízo à vítima. Para que o crime ocorra, deve acontecer então algum dano provocado pelo animal, consumo de pasto, destruição de lavoura etc. O crime é doloso, não havendo figura culposa, a qual constituirá mero ilícito civil. Trata-se de crime material que se consuma com o dano ocorrido. Não há possibilidade de tentativa, pois que só haverá crime se houver o prejuízo (Esse é o entendimento francamente majoritário. Em sentido contrário, isoladamente, BITENCOURT, 2008, p. 216-217, admitindo a tentativa). Havendo este ocorre crime consumado, não havendo, figura atípica. A ação penal, nos termos do art. 167, CP, é privada, aplicando-se a Lei n. 9.099/95, pois que se trata de infração penal de menor potencial ofensivo.

Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (art. 165, CP)

Figura revogada tacitamente pelo art. 62, I, da Lei n. 9.605/98.

Alteração de local especialmente protegido (art. 166, CP)

Tipo penal revogado tacitamente pelo art. 63 da Lei n. 9.605/98.

Apropriação Indébita (art. 168, CP)

Objetividade jurídica

Protege-se o patrimônio.

Sujeitos ativo/passivo

Qualquer pessoa (crime comum).

Tipo objetivo

O objeto material é a “coisa alheia móvel”. A coisa fungível dada em empréstimo para ulterior restituição na mesma espécie, quantidade e qualidade não pode, normalmente, ser objeto de apropriação indébita (ex.: empréstimo de dinheiro), tratando-se de mero ilícito civil a não restituição. Pode ocorrer crime, porém, mesmo em se tratando de coisas fungíveis, se elas são entregues para serem transmitidas a terceiro. É exemplo o cobrador que recebe a conta e fica com o dinheiro. Também se trata de mero ilícito civil o caso do prestador de serviço que recebe dinheiro e não presta o serviço.

É indispensável para configurar a apropriação indébita que o agente tenha a posse ou detenção *anterior e legítima da coisa*. O que ocorre é que o agente inicialmente recebe a coisa legitimamente, mas depois manifesta o ânimo de apropriar-se dela, tornando-a como se sua fosse. Em suma, ele inverte a posse ou detenção em propriedade.

Um exemplo dado por Nelson Hungria é muito interessante: um indivíduo é incumbido de efetuar o transporte de um cofre. No meio do caminho para e o arromba, subtraindo o dinheiro e joias. Há, neste caso, um crime de furto e não de apropriação indébita, pois que “a posse ou detenção do continente, entregue cerrado, não importa a posse ou detenção do conteúdo” (HUNGRIA, 1967, p. 132).

Tipo subjetivo

O crime é doloso. Esse dolo é o de tomar a coisa como sua, *após* o seu recebimento lícito (posse ou detenção). Se o dolo não é posterior, sendo *ab initio*, poderá haver furto ou estelionato conforme o caso.

Consumação e tentativa

A consumação se opera quando o agente transforma a posse ou detenção em propriedade, ou seja, quando se inverte a mera posse ou detenção em domínio. A doutrina costuma afirmar em geral que a tentativa é, em tese, possível, mas muito difícil de configurar-se na prática. De outra banda Ricardo A. Andreucci entende que a tentativa só é cabível se o autor tenta vender ou dispor da coisa e não conseguir. Para o citado jurista, se o autor fica com a coisa para si, não é possível a tentativa (ANDREUCCI, 2010, p. 441). Ousando discordar da doutrina em geral, entendemos que no crime de apropriação indébita é absolutamente impossível e impensável a figura do *conatus*. Isso porque o crime

se consuma com a inversão da posse em domínio, o que ocorre num processo de volição interno ao agente (subjetivamente). Ou bem o indivíduo toma a decisão interna de ficar com a coisa e o crime está consumado ou não toma essa decisão e não há crime. Mesmo que depois pretenda dispor da coisa e não consiga o crime já está consumado. Ele já inverteu a posse. A disposição ou comércio ulterior da coisa é mero exaurimento.

Algumas distinções importantes

a) *Estelionato* – neste o dolo é antecedente à posse e a vítima entrega a coisa enganada.

b) *Furto mediante fraude* – neste o agente não recebe a coisa, mas a subtrai da vítima que é distraída e também o dolo é antecedente.

c) *Peculato* – quando a apropriação é praticada por funcionário público no exercício das funções.

Apropriação indébita majorada (art. 168, § 1º, I, II e III, CP)

d) *Art. 102 do Estatuto do Idoso* (Lei n. 10.741/2003) – "Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa de sua finalidade". Portanto, se a vítima for maior de 60 anos (idosa – art. 1º, da Lei n. 10.741/2003), aplicar-se-á a disposição especial.

O legislador impõe um aumento de pena de um terço nos seguintes casos:

a) *Depósito necessário* – O conceito deve ser buscado na ordem civil. O depósito necessário se divide em Depósito Legal (art. 647, I, CC); Depósito Miserável (art. 647, II, CC – casos de calamidades, incêndios, inundações, naufrágios e saques) e Depósito de bagagens de viajantes, hóspedes ou fregueses de hospedarias, estalagens, hotéis e pensões. Em todos esses casos a pessoa recebe as coisas em sua posse com especiais responsabilidades, justificando-se o aumento da reprimenda.

b) Quando aquele que se apropria de algo é tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial. Nesse caso leva-se em consideração a relevância dos deveres inerentes às funções exercidas. Observe-se que o síndico era aquele que administrava a massa falida. Atualmente essa figura não se encontra mais na Lei de Falências e Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas (Lei n. 11.101/2005). As funções do antigo síndico são atribuídas ao chamado "Administrador

Judicial". Nada impede que a este seja aplicado o aumento de pena ora estudado, vez que houve apenas uma alteração de nomenclatura. No entanto, seria interessante uma atualização terminológica do Código Penal. É claro que o aumento só pode ser aplicado se a coisa apropriada estiver ligada às funções elencadas, não sendo suficiente que a pessoa exerça essas funções para ser-lhe imposta a exasperação.

c) Quando a apropriação indébita é praticada em razão de ofício, emprego ou profissão. Também devido às obrigações e confiança inerentes a essas pessoas. São exemplos o corretor que se apropria de aluguéis; o advogado que se apropria de valores levantados judicialmente com uso de procuração do cliente etc.

Apropriação indébita privilegiada

O art. 170, CP, determina a aplicação das disposições do furto privilegiado ao crime de apropriação indébita (art. 155, § 2º, CP). Remete-se o leitor aos comentários já expendidos acerca do furto privilegiado.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

Apropriação Indébita Previdenciária (art. 168-A, CP)

No que tange ao bem jurídico tutelado, afirma-se que seria o patrimônio da previdência social e seu funcionamento regular (SILVA, p. 183). O sujeito ativo é o responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e o sujeito passivo é a Previdência Social. O crime é, portanto, próprio.

A conduta ("deixar de repassar") é omissiva (crime omissivo próprio). A lei afirma que o crime se perfaz se o contribuinte deixa de repassar as contribuições "no prazo e na forma legal ou convencional", erigindo-se então norma penal em branco, a qual deve ser complementada pela legislação previdenciária (Lei n. 8.212/91). Outras três condutas omissivas são equiparadas por força do art. 168-A, § 1º, I, II e III, CP.

O crime é doloso, não há figura culposa. Discute-se a necessidade ou não do dolo específico (*animus rem sibi habendi*), prevalecendo o pensamento de que o crime é de dolo genérico, meramente omissivo e não necessitando de *animus* especial, diferentemente do que ocorre com a apropriação indébita prevista no

art. 168, CP. Enfim, o crime do art. 168-A, CP, inobstante o *nomen juris*, não seria uma espécie de apropriação indébita, mas sim um crime previdenciário omissivo e formal. Há, no entanto, vozes divergentes, tal como Roberto Delmanto (DELMANTO et al., 2010, p. 609), o qual aponta a predominância da inexigência do dolo específico, inclusive na jurisprudência, mas opõe sua opinião e decisão da 6ª Turma do STJ em AgRg em REsp n. 695.487/CE. Inobstante a respeitável posição de Delmanto e outros autores, bem como o *decisum* do STJ, entendemos que a razão está com a maioria, tendo em vista tratar-se claramente de crime omissivo e formal.

A consumação se dá com a prática da conduta omissiva, não sendo possível a tentativa, exatamente por tratar-se de crime omissivo próprio e formal.

Em seus § 2º e § 3º, I, o art. 168-A, CP, prevê possibilidades de extinção de punibilidade e perdão judicial ou apenas aplicação de pena de multa, estabelecendo requisitos temporais e pessoais. No entanto, entendemos que tais dispositivos foram tacitamente revogados pelo art. 9º, da Lei n. 10.684/2003 (PAES) e arts. 68 e 69 da Lei n. 11.941/2009 (REFIS da Crise). Essas disposições são mais benéficas e posteriores, permitindo a extinção da punibilidade pelo recolhimento das contribuições e acessórios a qualquer tempo e sem outras exigências com a consequência da extinção de punibilidade. A Lei n. 11.941/2009 inclusive deixa clara a possibilidade de parcelamento das contribuições previdenciárias, o que era antes vedado pela Lei n. 10.666/2003. Portanto, a partir de agora, havendo o pagamento integral das contribuições e acessórios *a qualquer tempo* extingue-se a punibilidade. Também poderá ser obtida a extinção mediante o parcelamento dos débitos nos termos do art. 9º, da Lei n. 10.684/2003. Esse parcelamento também pode ocorrer *a qualquer tempo*, apenas exigindo-se que se dê *antes do trânsito em julgado da condenação*. No entanto, com o advento da Lei n. 12.382/2011, ficou estabelecido que, no caso do parcelamento, para a extinção de punibilidade, este deverá ser levado a efeito até o recebimento da denúncia (TANGERINO, 2011, p. 6). Nesse caso haverá *suspensão da pretensão punitiva e do prazo prescricional*. Com o cumprimento do parcelamento (pagamento final integral) será decretada a extinção da punibilidade. Logicamente, se o beneficiado pelo parcelamento abandonar o pagamento, será reiniciada a ação penal. Essas novas normas têm ligação com os tributos, mas a maioria da doutrina e da jurisprudência vem entendendo que são plenamente aplicáveis às contribuições previdenciárias, as quais também teriam natureza tributária (DELMANTO et al., 2010, p. 613). Aliás, os arts. 68 e 69 da Lei n. 11.941/2009 são explícitos em abranger as contribuições previdenciárias.

Tendo em vista essa aproximação entre as contribuições previdenciárias e tributos, também se tem entendido que, a exemplo do que é disposto para os créditos tributários no art. 83 da Lei n. 9.430/96, condicionando a representação da fazenda perante o Ministério Público por crime contra a ordem tributária à decisão final da esfera administrativa sobre a exigência fiscal do crédito, também se deve aguardar o final do procedimento administrativo referente ao débito previdenciário para tomada de providências criminais (STJ, HC 128.672/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05.05.2009). Esse tem sido também o entendimento do STF (*RT* 837/519).

Superada a questão do pagamento do débito e da pendência de processo administrativo, deve-se atentar para a possibilidade de perdão judicial ou mera aplicação de pena de multa, quando o agente for primário e de bons antecedentes, bem como "o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais". Esse dispositivo está em pleno vigor e *não é manifestação do chamado Princípio da Insignificância, na medida em que este leva à atipicidade da conduta pelo reconhecimento da diminuta ou inexistente lesão ao bem jurídico. Não é o caso do dispositivo, que apenas prevê perdão judicial ou até mesmo aplicação de uma pena pecuniária isolada.*

É interessante verificar que em outras situações similares de crimes contra a ordem tributária ou mesmo de descaminho, tem aplicado a jurisprudência o Princípio da Insignificância, sendo muito mais benéfico ao réu ou investigado. Em nosso entendimento, inobstante o regramento legal diferenciado, tal princípio segue podendo ser aplicado à hipótese, especialmente considerando a possibilidade de que o réu venha a ser apenado com multa, o que não ocorre quando o fato é considerado simplesmente atípico (ver neste sentido: DELMANTO et al., 2010, p. 612).

É também importante distinguir o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP) do crime de "Sonegação de contribuição previdenciária" (art. 337-A, CP).

A ação penal é pública incondicionada e de competência da Justiça Federal, vez que atinge ente da União (INSS), conforme art. 109, I, CF.

Apropriação de Coisa Havida por Erro, Caso Fortuito ou Força da Natureza; Apropriação de

Tesouro e Apropriação de Coisa Achada (art. 169 e parágrafo único, I e II, CP)

No art. 169, *caput*, o indivíduo se apropria de coisa que veio a seu poder por erro de terceiro (vítima), caso fortuito ou força da natureza. Esse erro pelo qual o bem vem ao poder do criminoso não pode ser induzido, senão ocorrerá estelionato. Também é preciso distinguir esse crime do "Peculato Mediante Erro de Outrem ou Peculato – Estelionato", previsto no art. 313, CP, que descreve conduta idêntica, somente que praticada por funcionário público no exercício ou em razão das funções. O crime é comum, tutelando o patrimônio, razão pela qual a vítima é o proprietário do bem apropriado. Só há modalidade dolosa, consumando-se com a inversão da posse. A tentativa é, em tese, possível (*vide* comentários sobre o *conatus* no crime de apropriação indébita).

O art. 169, parágrafo único, I, CP, trata da apropriação de tesouro, que é definido conforme dispõe o Código Civil no art. 1.264. O crime é comum e tem por sujeito passivo o dono do imóvel onde o tesouro é encontrado. Se o tesouro é encontrado sem a permissão do dono do terreno, aquele que encontra não tem direito a nenhuma cota – parte de modo que comete o crime quando se apropria de qualquer parcela (art. 1.265, CC). Também assim é quando aquele que encontra o faz por determinação do dono do terreno, novamente nos termos do art. 1.265, CC. Agora, se o encontro é casual, aquele que acha o tesouro tem direito à metade, de modo que somente haverá crime se este exceder à sua cota – parte (art. 1.264, parte final, CC). Igual solução ocorre entre o descobridor do tesouro e o enfiteuta em caso de terreno aforado nos termos do art. 1.266, CC (Enfiteuse é o direito real alienável e transmissível aos herdeiros, que confere a alguém o pleno gozo do imóvel mediante a obrigação de não deteriorá-lo e de pagar um foro anual, em numerário ou em frutos. Sua constituição atualmente é vedada pelo Código Civil de 2002, conforme art. 2.038, valendo apenas as já existentes sob a égide do Código Civil de 1916). O crime é doloso e se consuma com a apropriação, sendo possível, em tese, a tentativa.

Finalmente, no art. 169, parágrafo único, II, CP, incrimina-se a apropriação de coisa achada (coisa perdida ou *res deperdita*). A obrigação de devolução da coisa achada também é tratada no Código Civil (arts. 1.233 e 1.234). O crime é comum, sendo cometido por aquele que encontra coisa perdida e não a restitui ao proprietário ou possuidor (vítima). Portanto, para o Direito Penal não vale o dito popular "achado não é roubado" (sic). Trata-se de "crime a termo", vez que a lei confere um prazo de 15 dias para a entrega da coisa ao dono (acaso o agente o

conheça) ou à Autoridade (caso não saiba quem é o dono). Essa Autoridade normalmente é a Autoridade Policial (Delegado de Polícia), mas pode ser também qualquer outra que possa fazer o bem chegar à pessoa que o perdeu (o art. 1.233, CC, não especifica a Autoridade, referindo-se à "autoridade competente"). Importa salientar que a apropriação pode ser integral ou parcial, conforme dicção legal. O crime é doloso e, portanto, se o agente é meramente negligente o fato é atípico.

Quanto à possibilidade de tentativa a doutrina diverge, havendo quem defenda sua possibilidade porque o crime poderia se consumar antes dos 15 dias sempre que o agente invertesse a posse antes (GRECO, 2011, p. 510; BITENCOURT, 2008, p. 664). Em nosso pensamento é impossível a tentativa, uma porque a inversão da posse é, como já se salientou, produzida subjetivamente; duas porque antes do prazo legal não se pode falar em crime e depois deste o delito está consumado, não se havendo falar em tentativa (neste sentido: ANDREUCCI, 2010, p. 451; PRADO, 2003, p. 488).

A ação penal em qualquer das modalidades previstas no art. 169, CP, é pública incondicionada.

Estelionato (art. 171, CP)

Conceito

O crime de estelionato consiste em enganar alguém para a obtenção de vantagem patrimonial ilícita. A etimologia da palavra é derivada do latim *Stellio* (lagarto que muda de cores, iludindo os insetos de que se alimenta e os predadores naturais).

Bem jurídico

É o patrimônio e secundariamente a boa fé e a segurança dos negócios.

Sujeitos ativo e passivo

Tanto sujeito ativo como passivo podem ser qualquer pessoa (crime comum). Porém se o enganado é incapaz (*v.g*. menor de pouca idade, louco), o crime pode ser de Furto mediante fraude (art. 155, § 4º, II, CP) ou Abuso de incapazes (art. 173, CP). Isso porque é exigido que a vítima tenha ao menos alguma capacidade psíquica de resistência ao assédio do estelionatário. Caso contrário ela funciona como uma espécie de instrumento para uma subtração ou abuso. Tendo em vista as peculiaridades desse caso, embora doutrina e jurisprudência se dividam entre

o furto qualificado e o abuso de incapazes, entendemos que o crime de abuso de incapazes, devido à especialidade, seria o mais adequado.

A vítima deve ser pessoa(s) determinada(s). Se o crime se destina a pessoas indeterminadas pode haver crime contra a economia popular (Lei n. 1.521/51), crime contra as relações de consumo (Lei n. 8.137/90 – art. 7º) ou crime contra o consumidor (Lei n. 8.078/90). São exemplos: aparelhos que viciam balanças; bombas de gasolina adulteradas etc.

Também é preciso atentar para o crime previsto nos arts. 106 e 108 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003). Respectivamente: "Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente". E "Gravar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal". É preciso atentar que o idoso com discernimento é vítima comum de estelionato. Apenas aqueles sem discernimento é que, nos casos específicos acima mencionados, enquadram-se nos artigos do Estatuto do Idoso. Inclusive, mesmo estes, fora dos casos específicos ali mencionados, serão vítimas de furto qualificado ou abuso de incapazes, conforme acima já explicado.

Tipo objetivo

A conduta é a de enganar a vítima para obter vantagem ilícita (induzindo-a ou mantendo-a em erro). São meios: a) artifício – quando o agente se utiliza de meios que modificam a coisa, ao menos aparentemente (Ex. documentos falsos, falsificações de bilhetes de loteria etc.); b) ardil – quando o agente usa de astúcia, sutileza, esperteza, de aspecto meramente intelectual; c) qualquer outro meio fraudulento – trata-se de fórmula genérica que segue os casuísmos, abrindo as possibilidades de muitas condutas capazes de enganar que poderão adequar-se ao tipo penal (*v.g.* golpes perpetrados por meio da internet etc.).

Questão interessante diz respeito à "fraude ou torpeza bilateral", em que o estelionato somente funciona porque a própria vítima age de má-fé (ex. conto do bilhete premiado em que o estelionatário vende um bilhete de loteria de milhões por uma bagatela e só faz isso porque a vítima age de má-fé e pensa estar ludibriando quando, na verdade, é ludibriada). Discute-se se a fraude bilateral desnatura o estelionato, mas predomina o entendimento de que isso não ocorre, somente podendo ser utilizado o fato na dosimetria da pena – base (art. 59, CP – comportamento da vítima).

Tipo subjetivo

É dolo e havendo ainda o dolo específico de “obter para si ou para outrem, vantagem ilícita” (patrimonial).

Consumação e tentativa

O crime é material e se consuma com a efetiva obtenção da vantagem patrimonial indevida, sendo plenamente possível a tentativa.

Estelionato e uso de documento falso

Sobre esse tema há diversas correntes: a) entende-se que há apenas o crime do art. 304, CP, sendo o estelionato absorvido; b) entende-se que há o crime de estelionato, sendo o uso de documento falso absorvido como crime – meio (majoritária); c) entende-se haver concurso formal; e d) entende-se haver concurso material.

A Súmula 17 do STJ, filia-se à letra *b*, *supra*, aduzindo que o crime do art. 304, CP é absorvido sempre que “o falso se exaure no estelionato”. Esse posicionamento jurisprudencial é deveras equilibrado, tendo a seguinte consequência: a) se o uso de documento falso somente serve à consecução do crime de estelionato é por este absorvido; b) se o uso de documento falso é praticado no estelionato, mas também independentemente, há concurso de crimes (certamente concurso material).

Estelionato privilegiado

Valem aqui as observações feitas quando do estudo do furto privilegiado, apenas atentando para que agora a lei menciona o “pequeno valor do prejuízo”, e não o “pequeno valor da coisa”.

Condutas especialmente mencionadas na lei

O legislador, no art. 171, § 2º, CP enumera determinadas condutas que normalmente seriam casos de estelionato, mas que se achou por bem destacar para que não restassem dúvidas, tendo em vista a linha tênue que muitas vezes separa a má-fé criminal do mero ilícito civil. Vejamos cada uma delas:

I – Disposição de Coisa Alheia vomo Própria

Possível em alienações de bens móveis e imóveis. Os exemplos vão desde os casos mais folclóricos como a venda do Pão de Açúcar até a comercialização de veículos com *leasing*, imóveis alugados ou arrendados etc. Não há o crime do art. 171, § 2º, I, CP, porém, se um autor de crime anterior (furto, roubo, estelionato etc.) vende depois o produto, há, sim, mero exaurimento do crime

antecedente.

II – Alienação ou Oneração Fraudulenta de Coisa Própria

Desta vez a coisa (móvel ou imóvel) pertence à pessoa, mas não poderia ser disposta devido a algum gravame legal ou contratual. Nesse passo é controvertida a venda de coisa penhorada. A penhora é instituto processual, e não direito real sobre coisa alheia, portanto, embora já se tenha decidido pela configuração de alienação fraudulenta de coisa própria, vem-se entendendo haver atipicidade do fato e apenas responsabilização civil do depositário infiel. Também já se decidiu por crime de estelionato na forma básica e por crime de fraude à execução (art. 179, CP). Embora ciente de que esse posicionamento é minoritário, prevalecendo o entendimento de que se trata de mero ilícito civil, entendemos que há realmente subsunção perfeita ao art. 171, § 2º, II, CP. É preciso observar que neste inciso não é vedado o comércio das coisas gravadas de algum ônus, e sim o seu comércio sem que seja dada ciência ao adquirente dessa condição.

III – Defraudação de Penhor

Agora não se trata da penhora processual, mas do contrato de penhor (art. 1431, CC) que consiste na tradição da coisa móvel, suscetível de alienação que, em garantia do débito, o devedor ou alguém por ele faz ao credor, ficando ela vinculada à obrigação.

IV – Fraude na Entrega de Coisa

A fraude pode ser: a) quanto à substância ou essência (ex.: entregar uma joia dizendo ser de ouro quando não é); b) quanto à qualidade (ex.: a joia é de ouro, mas o estelionatário diz que é de 24 quilates quando é de 18); c) quanto à quantidade (ex.: dimensão, número, peso etc.). Aqui é preciso relembrar que o crime deve ter vítima determinada, acaso seja indeterminada pode ocorrer crime contra o consumidor, relações de consumo ou economia popular.

V – Fraude para Recebimento de Indenização ou Valor de Seguro

Tratam-se de golpes contra firmas de seguros. São exemplos comuns: a) esconder automóvel e registrar furto para receber seguro; b) simular acidente de automóvel; c) indivíduo que se autolesiona para haver valor de seguro. O estelionato normalmente é crime material, que se consume com o efetivo prejuízo financeiro. Mas nessa figura ocorre uma exceção. Trata-se de crime formal, que se consume com os atos lesivos e fraudulentos, não necessitando o efetivo recebimento do valor do seguro para a consumação. Esse recebimento efetivo constituirá mero exaurimento do crime.

É preciso distinguir as condutas praticadas por incêndio, explosão ou destruição de embarcações ou aeronaves. Há concurso aparente de normas, mas na verdade devem prevalecer os arts. 250, § 1º, I, CP; 251, § 2º, CP, e 261, § 2º, CP, tipos que preveem como causas de aumento de pena ou acréscimo de pena de multa o intuito econômico (Princípio da Especialidade). Já nos casos em que, para receber o seguro o agente pratique os delitos de inundação (art. 254, CP), desastre ferroviário (art. 260, § 1º, CP), desabamento ou desmoronamento (art. 256, CP), haverá concurso formal por não estar previsto nestes delitos o proveito econômico.

VI – Fraude no Pagamento por meio de Cheque

Comete esse crime quem: a) emite cheque sem suficiente provisão de fundos; b) frustra o pagamento (há fundos, mas o agente susta dolosamente o cheque). O endossante que repassa o cheque não comete esse crime, pois não "emitiu" o cheque nem o sustou. Comete, porém, o previsto no art. 171, *caput*, CP se tem ciência de que o cheque é sem fundos ou sustado e o repassa a terceiro.

Há necessidade de que o agente obre com má-fé ou fraude. Se o cheque é desvirtuado de sua função (ordem de pagamento à vista) e aquele que o recebe sabe disso, não há crime (exs.: cheques pós-datados; cheques dados como garantia de dívida). Também não há crime quando um cheque é sustado com justa causa (ex.: inadimplemento contratual por parte do recebedor do cheque).

Sobre a consumação desse crime há várias doutrinas: a) Basileu Garcia considera crime formal que se consume com a simples emissão do título, ou seja, com a mera assinatura do agente; b) Nelson Hungria afirma que a consumação se dá quando o cheque é posto em circulação; c) Magalhães Noronha considera crime material que só se consume quando apresentado o cheque ao sacado e este recusa o pagamento pela inexistência de fundos ou existência de contraordem. Esta última tese é abrigada pela jurisprudência, inclusive pela Súmula 521 do STF assim redigida:

> O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade de emissão dolosa de cheque sem fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

No estelionato por cheque sem fundos, o pagamento antes do recebimento da denúncia enseja falta de justa causa para a ação penal, conforme entendimento do STF. Há inclusive a Súmula 554, STF, que preceitua: "O pagamento de cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta o prosseguimento da ação penal".

Há ainda casos em que são usados cheques em estelionatos, mas o crime é o do art. 171, *caput*, CP (exs.: compras com cheques furtados; cheques de contas encerradas; cheques emitidos com nome falso; cheque emitido de conta aberta com dados cadastrais falsos etc.). Nessas situações a competência não se regula conforme a Súmula 521, STF, mas normalmente pela regra do art. 70, CPP.

Estelionato Majorado (art. 171, § 3º, CP)

A lei prevê aumento de pena da ordem de um terço se a lesão patrimonial atinge entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência. A Súmula 24 STJ estabelece que esse aumento se aplique à lesão a entidade autárquica de previdência social. O incremento penal se justifica, pois que não se trata de vítima particular, mas de um conjunto indeterminado de pessoas, da sociedade em geral.

Ação Penal

Pública incondicionada.

Duplicata Simulada (art. 172, CP)

O bem jurídico tutelado é o patrimônio, tratando-se de crime próprio, já que somente pode perpetrá-lo a pessoa que emite duplicatas, faturas ou notas de venda. O sujeito passivo é a pessoa que desconta ou contra quem é emitido o título. O verto é “emitir”, correspondendo à colocação do título em circulação. Exige ainda o tipo penal que o documento não espelhe corretamente a transação comercial ou retrate transação inexistente. Discute-se se o endossante ou avalista cometem também o crime. A maioria da doutrina entende que não, apenas divergindo disso Magalhães Noronha. Essas pessoas somente cometem o crime se agem com má-fé desde o início participando da emissão fraudulenta (MIRABETE, 2011, p. 293). O mesmo se pode dizer do sacado, que é normalmente vítima do crime e somente pode ser responsabilizado criminalmente se age em concurso com o emissor, ciente desde o início da operação fraudulenta. O crime é somente doloso. Trata-se de crime formal que se consume com a mera emissão do título, sendo eventual lesão patrimonial do sacado mero exaurimento. Não se admite tentativa por ser crime unissubsistente. No parágrafo único do art. 172 é equiparada a conduta de falsificar ou adulterar livro de registro de duplicatas. Na falsificação o agente cria um livro inexistente e na adulteração modifica o livro existente e válido. Essa figura se consume com

a efetiva falsificação ou adulteração, mas, diferentemente do *caput*, admite a tentativa, pois que se trata de tipo plurissubsistente. A ação penal é pública incondicionada.

Abuso de Incapazes (art. 173, CP)

Tutela-se o patrimônio dos incapazes. O crime é comum, e o sujeito passivo são os menores de 18 anos e os alienados ou débeis mentais. Os verbos são "abusar" e "induzir" em conjunto, pois que o criminoso abusa do incapaz e o induz à prática de ato prejudicial. O crime é doloso e com dolo específico de obter proveito patrimonial para si ou para terceiro. O crime é formal, razão pela qual se consume com o abuso e induzimento, bem como a prática de ato suscetível de prejuízo pela vítima, sendo a obtenção de efetiva vantagem mero exaurimento. Pode haver tentativa quando embora induzida a vítima é impedida da prática do ato lesivo. A ação penal é pública incondicionada.

Induzimento à Especulação (art. 174, CP)

Tutela-se o patrimônio. O crime é comum, consistindo no induzimento abusivo de pessoa inexperiente, simplória ou de pouca capacidade intelectual a praticar jogos ou apostas ou especular no mercado financeiro, tendo o conhecimento real ou potencial de que tais condutas serão ruinosas. O crime é de dolo específico, consistente no desejo de obter "proveito próprio ou alheio" (patrimonial). Embora o tipo penal afirma que o agente saiba ou *deva saber* que a operação será ruinosa, esse *dever saber* não abrange a conduta culposa, que é atípica. O *deve saber* está ligado ao dolo eventual. O crime é formal e se consume com a prática do jogo, aposta ou especulação pela vítima, sendo indiferente a consecução da vantagem patrimonial indevida pelo autor (exaurimento). É possível a tentativa sempre que a vítima for impedida de praticar o ato prejudicial ao seu patrimônio. A ação penal é pública incondicionada.

Fraude no Comércio (art. 175, CP)

O patrimônio é o bem tutelado. O crime é próprio, pois que somente pode perpetrá-lo o comerciante. A vítima é o adquirente ou consumidor de produtos. A conduta é de "enganar", vendendo ou entregando mercadorias. Se uma pessoa não comerciante perpetrar as condutas descritas no tipo, responderá por

estelionato na modalidade prevista no art. 171, § 2º, IV, CP. A fraude pode dar-se quanto à qualidade ou a substância ou essência da mercadoria. Essa mercadoria não pode ser produto alimentício ou medicinal, pois nesse caso serão aplicáveis os arts. 272 e 273, CP. O § 1º prevê crime qualificado quando o agente altera em obra a qualidade ou peso de metal empregado ou então quando substitui pedra preciosa verdadeira por falsa; também prevê a venda de pedra falsa por verdadeira e de metal não precioso por precioso ou mesmo precioso, mas de menor qualidade. Novamente é importante ter em mente que o autor do crime deve ser comerciante, senão será aplicado o crime de estelionato supramencionado. São aplicáveis a esse crime as benesses do furto privilegiado de acordo com o art. 175, § 2º, desde que satisfeitos seus requisitos. O crime é doloso (dolo genérico). Trata-se de crime material que se consume com o recebimento do material fraudado pela vítima e respectivo prejuízo financeiro, sendo cabível a tentativa. A ação penal é pública incondicionada.

Outras Fraudes (art. 176, CP)

Novamente tutela-se o patrimônio. O crime é comum, e o sujeito passivo é o dono de restaurante, hotel ou meio de transporte. A conduta consiste em tomar refeição (inclusive bebidas), alojar-se em hotel ou utilizar meio de transporte, sabendo o agente que não dispõe de numerário para o pagamento das despesas. No caso dos restaurantes e hotéis deve-se aplicar uma interpretação analógica, sendo os termos “restaurante” e “hotel” exemplos de locais onde há serviço de refeições e bebidas, bem como de hospedagem. Dessa forma há o crime quando se trata de bares, estalagens, pensões, hospedarias, cantinas, boates, motéis etc. É necessário que o autor do crime atue ciente de que não tem dinheiro para pagar. Se tiver e não quiser pagar, não há crime, e sim inadimplemento a ser discutido na esfera civil. O crime é doloso (dolo genérico) e não existe modalidade culposa (ex.: a pessoa que toma refeição e esqueceu-se da carteira). Tem-se entendido que no caso das refeições, como o verbo é “tomar” refeição, esta deve ocorrer no estabelecimento. Nos casos de *delivery* ou em que o agente leve a comida para ser consumida em outro local haveria estelionato (BITENCOURT, 2008, p. 698). Entretanto Rogério Greco aponta a falta de proporcionalidade de tal solução, pois que haveria apenação maior de quem não se utiliza do estabelecimento e suas instalações. Na opinião do autor (minoritária), dever-se-ia aplicar em ambos os casos o art. 176, CP (GRECO, 2011, p. 545). Embora minoritário, o entendimento de Greco nos parece o mais equilibrado. O crime é

material e se consume com a prática das condutas da tomada da refeição, alojamento ou uso do meio de transporte sem pagamento, de modo que a tentativa é possível. O parágrafo único do art. 176 dispõe que o Juiz pode deixar de aplicar pena de acordo com as circunstâncias do caso. Trata-se de hipótese de perdão judicial, normalmente aplicada a situações de pequeno prejuízo, miserabilidade do agente etc. É preciso, porém, atenção com as situações famélicas, em que não haverá crime, superando a situação de mero perdão judicial. A ação penal é pública condicionada à representação (art. 176, parágrafo único, parte inicial).

Fraudes e Abusos na Fundação ou Administração de Sociedades por Ações (art. 177, CP)

O bem tutelado é o patrimônio. O crime é próprio, sendo cometido por fundador de sociedade por ações. Já o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa. A conduta consiste na criação fraudulenta de sociedade por ações. Só há modalidade dolosa. A consumação se dá com a afirmação falsa ou a ocultação de fato importante acerca da sociedade. O crime é formal, de modo que eventuais prejuízos causados constituem exaurimento. Afirma-se na doutrina que a tentativa é possível em tese, embora de difícil ocorrência prática. A infração é subsidiária (subsidiariedade expressa) em relação aos crimes contra a economia popular previstos na Lei n. 1.521/51. Há previsão de vários incisos no § 1º, com espécies equiparadas praticáveis pelo diretor, liquidante, gerente ou fiscal. Também há previsão de crime específico no § 2º, para o acionista que negociar seu voto na assembleia, visando vantagem pessoal ou para terceiros. Neste caso o dolo é específico. A ação penal é pública incondicionada.

Emissão Irregular de Conhecimento de Depósito ou *Warrant* (art. 178, CP)

Tutela-se o patrimônio. O sujeito ativo é o depositário (crime próprio) e o sujeito passivo é o endossatário ou o portador do título. O verbo é “emitir”, colocando o título em circulação. Esse título é o conhecimento de depósito ou *warrant*, ou seja, papéis expedidos a depositantes de mercadorias por armazéns gerais, passíveis de transferência por endosso, de modo a possibilitar a transação

das mercadorias depositadas. O *warrant* é um título de crédito que consiste em uma promessa de pagamento e atribui ao depositante uma espécie de penhor sobre os bens depositados. Para que haja crime, a emissão deve dar-se "em desacordo com disposição legal", de forma que se trata de norma penal em branco a ser complementada pelo Decreto n. 1.102/2003 que disciplina a questão. Trata-se de crime doloso e formal que se consuma com a emissão irregular do título. Não há possibilidade de tentativa. A ação penal é pública incondicionada.

Fraude à Execução (art. 179, CP)

A fraude à execução protege o patrimônio do credor (vítima), tratando-se de crime próprio que só pode ser perpetrado pelo devedor executado judicialmente. A conduta consiste em fraudar a execução, mediante o desvio, destruição ou dano a bens ou a simulação de dívida, de modo que se trata de crime de forma vinculada. Discute-se se o crime em tela somente pode ser praticado na fase de execução ou se pode ocorrer a partir da citação em uma ação de cobrança, por exemplo, ou no processo de conhecimento em geral. Há divisão doutrinária de forma que Delmanto, Bitencourt, Magalhães Noronha, Rogério Greco, Andreucci, Mariano da Silva e Mirabete alegam que o crime somente pode ocorrer na fase executória, enquanto Fragoso, Damásio, Costa Júnior, Capez, Bento de Faria e Prado defendem a tese adversa. Há decisões jurisprudenciais em ambos os sentidos. Em face da dicção legal predomina a tese de que deve haver processo de execução, com o que concordamos por força do Princípio da Legalidade, não sendo admissível a interpretação extensiva neste caso. Só há modalidade dolosa. O crime é material, consumando-se com a efetiva lesão à execução, de maneira que cabe tentativa. A ação penal é, em regra, privada (art. 179, parágrafo único, CP), mas poderá ser pública incondicionada se a execução versar sobre patrimônio da União, Estado ou Município, conforme art. 24, § 2º, CPP (*v.g.* execução fiscal).

Receptação (art. 180, CP)

Noções básicas

A receptação, seja em sua forma simples, qualificada ou culposa, é um tipo misto alternativo, de conteúdo variado ou de ação múltipla, comportando vários verbos. Ela é um crime autônomo, não havendo coautoria ou participação no

crime antecedente, mas sim no crime do art. 180, CP, nos casos daqueles que adquirem produtos de origem ilícita. No entanto, é crime acessório ou parasitário, porque depende da ocorrência de um crime anterior para existir.

Objetividade jurídica

É o patrimônio, pois a receptação afasta ainda mais a coisa de seu legítimo proprietário. Indiretamente a receptação viola também o interesse da administração da justiça, dificultando a ação policial e judiciária.

Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo de receptação simples ou culposa (art. 180, *caput* e § 3º – crime comum). Já a receptação qualificada (§ 1º) só pode ser praticada por empresários (comerciantes ou industriais) no exercício da respectiva atividade (crime próprio). Inclusive são abrangidas atividades industriais ou comerciais clandestinas, conforme equiparação promovida pelo § 2º, do art. 180, CP.

O coautor ou partícipe do crime antecedente não responde por receptação, mas somente pelo crime primeiro. O advogado pode cometer o crime de receptação se recebe coisa que sabia ser produto de crime como pagamento de seus honorários.

Sujeito passivo

É o proprietário da coisa que foi objeto do crime antecedente.

Tipo objetivo

Para configurar a receptação, é indispensável um crime anterior, mas não é necessário inquérito, processo e muito menos sentença condenatória (ver art. 180, § 4º, CP). Não importa, inclusive, se o autor do crime principal é desconhecido ou impunível.

O crime antecedente normalmente será patrimonial, mas na doutrina há posicionamento de que não é imprescindível que seja patrimonial, podendo ser produtos de outros crimes quaisquer, como: peculato, lenocínio, contrabando ou descaminho ou mesmo outra receptação. Também não importa se quem cometeu o crime anterior é inimputável.

E se o suposto autor do crime antecedente foi absolvido?

Isso depende da natureza da absolvição: a) se foi absolvido por falta de provas ou porque não é considerado o autor do crime antecedente, é indiferente

para a receptação; b) se foi absolvido por reconhecimento de excludentes (ex.: estado de necessidade), Nelson Hungria considera que isso não beneficia o receptador por se tratar de questão pessoal, mas o restante da doutrina tende a estender o benefício ao receptador. Hungria segue um critério de justiça. A absolvição por excludente é pessoal e não pode ser estendida a outrem (HUNGRIA, 1967, p. 321). O restante da doutrina segue um critério técnico, pois, se há causa excludente de antijuridicidade, não há propriamente "crime antecedente", de forma a desnaturar a receptação (o acessório segue o principal). Em nossa opinião, Hungria tem razão, mas esta não é a posição predominante sobre o tema; c) se foi absolvido porque o fato não existiu fica prejudicada a receptação, pois que desaparece o crime principal.

A receptação simples costuma ser dividida em: a) própria – verbos adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar; e b) imprópria – influir para que terceiro de boa-fé a adquira, receba-a ou oculte-a. Nas modalidades de transportar, conduzir e ocultar, o crime é permanente, nas demais é instantâneo. Na receptação imprópria o crime é formal, não se exigindo que a "influência" seja bem-sucedida, bastando que seja idônea, isto é, mesmo que a pessoa de boa-fé não venha a adquirir, receber ou ocultar o produto, o crime estará consumado. Acaso ambos (adquirente e influenciador) estiverem de má-fé, responderão por receptação em coautoria (receptação própria).

Indaga-se se o imóvel pode ser produto de receptação. A doutrina dominante entende que somente os móveis podem ser objeto de receptação (neste sentido: Alberto Silva Franco, Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior, Damásio etc.). Esses autores se baseiam em reiteradas decisões do STF e nos seguintes argumentos: a) os crimes de furto e roubo só podem ser cometidos tendo por objeto *coisa alheia móvel* e quando em outros crimes patrimoniais se quer estender ao imóvel a aplicação o faz o legislador expressamente; b) receptação viria de "receptáculo", sendo ligada àquilo que *recebe algo* e somente o *móvel* se adequaria a isso, por ser passível de remoção de um lugar para o outro. Contra esse pensamento (em minoria), aduzindo que há crimes patrimoniais que afetam imóveis também e que o art. 180, CP, não é restritivo, temos Mirabete e Magalhães Noronha. Em nosso entendimento, embora minoritária, a razão assiste a esta segunda corrente. A princípio, o argumento sobre furto e roubo é totalmente descabido, uma vez que o crime antecedente pode perfeitamente ser outro, inclusive daqueles que admitem como objeto material imóveis (*v.g.* extorsão ou estelionato). O argumento etimológico é ainda mais risível, além do que nada justificaria que alguém que adquirisse um imóvel produto de crime (de

extorsão, por exemplo), ciente disso, restasse impunível por atipicidade.

Na receptação culposa o agente não sabe que o produto é de origem ilícita, mas deveria ter desconfiado, seja pela desproporção entre o valor e o preço, seja pelas condições de quem o oferece.

Tipo subjetivo

No art. 180, *caput*, CP (receptação simples) o crime é doloso, devendo o agente *saber* que a coisa é produto de crime. Nesse dispositivo só cabe o dolo direto, e não o eventual. O dolo também é específico ("em proveito próprio ou alheio").

Existe, porém, a receptação culposa (art. 180, § 3º, CP), de modo que, existindo dúvida quanto à origem da coisa, haverá receptação culposa, a qual, extraordinariamente, abrange também o dolo eventual.

Já na receptação qualificada (art. 180, § 1º, CP) o legislador usou a expressão "deve saber", provocando muita polêmica, mas prevalecendo que cabem o dolo direto e o eventual (ver a respeito STJ, HC 97.344, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie).

Indaga-se sobre a situação em que o agente adquire algo, nada havendo de suspeito inicialmente, e que, depois, vem a saber que é produto de crime. Haveria nesse caso receptação?

Esse é o chamado *dolus subsequens* que pode sim caracterizar a receptação, desde que após a ciência da origem ilícita do produto o agente insista em ficar com ele ou repassá-lo a terceiro de boa-fé ou mesmo outro receptador. É claro que a pessoa que, ao saber da origem ilícita, procura pelas autoridades para providências legais não comete receptação, ao menos não na forma dolosa.

Consumação e tentativa

A receptação se consuma quando integrado algum dos verbos típicos. A tentativa é inviável na receptação culposa e possível na dolosa simples ou qualificada. Na simples a possibilidade de tentativa varia: a) na receptação própria é possível – crime material; b) na receptação imprópria não é possível porque se trata de crime formal que se consuma com a simples influência, de modo que a aquisição ou recepção posterior é exaurimento.

Perdão judicial e receptação privilegiada

O § 5º, do art. 180, CP prevê a possibilidade de perdão judicial na receptação culposa (§ 3º), se o criminoso for primário e considerando as circunstâncias do

caso (exs.: coisa de pequeno valor etc.). Também prevê em sua parte final a aplicabilidade das disposições do furto privilegiado à receptação dolosa.

Aumento de pena

O § 6º, do art. 180, CP manda dobrar a pena do *caput* acaso se trate de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista. Nesses casos há o atingimento da coletividade, e não de uma pessoa particular, justificando-se a exacerbação punitiva. É preciso atentar para que esse aumento somente se aplique ao *caput* (receptação simples) e jamais aos §§ 1º e 3º (receptação qualificada ou culposa). Isso porque a lei é expressa nesse sentido.

Ação penal

A ação penal na receptação, em todas as suas modalidades, é pública incondicionada.

Disposições Gerais dos Crimes Contra o Patrimônio (arts. 181 a 183, CP)

Neste tópico trata-se das chamadas imunidades nos crimes patrimoniais. Essas imunidades são denominadas absolutas e relativas. As imunidades absolutas estão previstas no art. 181, I e II, CP, e ocasionam isenção de pena quando o crime é cometido em prejuízo:

a) Do cônjuge, na constância da sociedade conjugal. Tem-se admitido a extensão desse benefício aos casos de união estável, considerando o tratamento paritário dado pela Constituição e pela ordem civil (ANDREUCCI, 2010, p. 483; GRECO, 2011, p. 574). Há, porém alguns autores que entendem diversamente, alegando que não se pode aplicar os efeitos civis na área penal no caso da união estável (BITENCOURT, 2008, p. 744), sob pena de estender-se para o crime de bigamia a abrangência da união estável (NUCCI, 2003, p. 603). Esse entendimento tem prevalecido. A nosso ver o raciocínio por último invocado é errôneo. Confunde o tratamento de normas penais punitivas com o de normas benéficas ao réu, que é o caso da imunidade absoluta. Nessa situação cabe analogia porque esta é *in bonam partem*; no caso da bigamia, obviamente é incabível, pois que seria *in malam partem*. Não há razão para excluir os companheiros do benefício (*ubi eadem ratio, ibi eadem jus* – onde há os mesmos motivos, deve-se aplicar o mesmo direito). A

única diferença será a prova da união estável. Enquanto no casamento a prova é documental (Certidão de Casamento), na união estável deverá perpassar pela prova testemunhal, pela palavra dos companheiros e até pela prova documental (*v.g.* casamento religioso, contratos de aluguel comuns, filhos comuns etc.). O divórcio elimina a imunidade. O mesmo não ocorre com a mera separação de fato ou medidas cautelares prévias. A constância da união deve ser aferida no momento do crime, de modo que o casamento posterior não exclui a punibilidade, assim como não afasta da exclusão o divórcio posterior ou a anulação do matrimônio (BITENCOURT, 2008, p. 744). Obviamente não são abrangidos amantes, meros namorados, relações extraconjugais, concubinato etc. Nos casos em que a imunidade é aplicável não importa o regime de bens do casamento, mas somente a constância da sociedade conjugal.

b) Do ascendente ou descendente, abrangendo qualquer espécie de parentesco civil ou natural. A lei faz menção ao parentesco legítimo ou ilegítimo por anacronismo com o novo sistema civil e constitucional. Essas diferenciações são hoje inconstitucionais. Mesmo a menção expressa dos parentescos civil ou natural é anacrônica a partir do momento em que foram totalmente equiparados para todos os fins pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

Por seu turno, as imunidades relativas estão previstas no art. 182, I a III, CP e não impedem aplicação de pena, mas somente tornam a ação penal, que é em regra pública incondicionada, em pública condicionada à representação. Isso quando o crime é cometido em prejuízo:

a) *Do cônjuge desquitado ou judicialmente separado* – Atualmente a primeira parte do dispositivo, quando se refere ao cônjuge "desquitado", é inaplicável, uma vez que não subsiste em nosso ordenamento a figura do desquite desde a década de 1970 (*vide* Lei n. 6.515/77). Quanto aos judicialmente separados, mesmo após a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, que estabelece o divórcio direto como regra (*vide* art. 226, § 6º, CF), há acesa discussão doutrinária sobre a possibilidade excepcional, especialmente em casos litigiosos, da subsistência da separação judicial nos termos da Lei n. 6.515/77. Assim sendo, temos: a) cônjuges na constância da sociedade conjugal – imunidade absoluta; b) cônjuges judicialmente separados – imunidade relativa; c) divorciados ou casamento anulado – não há imunidade alguma.

b) *Do irmão* – Obviamente a expressão abrange irmão e irmã. A lei

anacronicamente também fala em irmão legítimo e ilegítimo, o que hoje pode ser desprezado, inclusive no aguardo de alteração legislativa que conserte essa impropriedade.

c) *De tio ou sobrinho, com quem o agente coabita* – Também vale para tias e sobrinhas. Não basta ser tio ou sobrinho, mas há necessidade de que morem sob o mesmo teto, senão é afastada a imunidade. Também não é suficiente que morem próximos ou num mesmo terreno, mas que morem realmente juntos.

As referidas imunidades absolutas ou relativas são afastadas nos seguintes casos previstos no art. 183, I a III, CP, mesmo que estejam satisfeitos seus requisitos supraelencados:

a) *Se o crime é de roubo ou extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência a pessoa* – As imunidades não se aplicam aos crimes patrimoniais informados pela violência ou grave ameaça. A lei menciona explicitamente o roubo e a extorsão, mas a vedação abrange qualquer situação de violência contra a pessoa (*v.g.* dano com violência contra a pessoa, extorsão mediante sequestro). Note-se que a violência deve ser contra a pessoa. Se for mera violência contra coisa, não há afastamento da imunidade.

b) *Ao estranho que participa do crime* – Logicamente as imunidades são pessoais e por isso somente têm validade para aquele que as possui. O inciso II do art. 183, CP, chega a ser dispensável, tendo em vista o disposto no art. 30, CP, que regula a incomunicabilidade das circunstâncias pessoais. A regra é válida para crimes violentos ou não.

c) *Se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 anos* – Esse último inciso foi acrescido pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003). Sendo a vítima idosa *na ocasião do crime*, as imunidades são afastadas, ainda que se trate de crime sem violência ou grave ameaça. Entretanto, se na ocasião do crime a vítima não tem 60 anos ou mais, mesmo completando essa idade posteriormente, as imunidades não são afastadas.

Finalmente é relevante salientar que, com o advento da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) e a previsão, em seu art. 70, IV, da chamada "violência patrimonial" contra a mulher, tem-se alegado que as imunidades são afastadas quando a vítima for mulher em situação de violência doméstica ou familiar. Para essa concepção, teria havido derrogação tácita dos arts. 181 e 182, CP, nesses casos pela Lei n. 11.340/2006, art. 7º, IV (lei posterior), tendo em vista sua

incompatibilidade. Isso porque as imunidades impediriam a aplicação da Lei Maria da Penha na violência patrimonial contra a mulher, eis que nesses casos geralmente estariam envolvidos beneficiados pela imunidade (*v.g.* cônjuge, ascendente, descendente, irmão, tio etc.) (Neste sentido: DIAS, 2007, p. 88-89). Entendemos de modo diverso, pois que o art. 183, CP, com suas exceções, faz com que os dispositivos dos arts. 181 e 182, CP, e o art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha possam conviver harmonicamente, não havendo incompatibilidade que justifique derrogação tácita quando a vítima for mulher em violência doméstica ou familiar. Ademais, as imunidades relativas (art. 182, CP) não impedem a punição e persecução penal, mas apenas a condicionam à representação da ofendida (*vide* CABETTE, 2007).

PARTE III

Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial (arts. 184 a 196, CP)

- Violação de Direito Autoral (art. 184, CP)
- Usurpação de Nome ou Pseudônimo Alheio (art. 185, CP)
- Dos Crimes Contra o Privilégio de Invenção (arts. 187 a 191, CP);

dos Crimes Contra as Marcas de Indústria e Comércio (arts. 192 a 195, CP)
e dos Crimes de Concorrência Desleal (art. 196, CP)

Violação de Direito Autoral (art. 184, CP)

Tutela-se o direito de autor e daqueles que lhe são conexos. O dispositivo é norma penal em branco, devendo ser complementado pela Lei n. 9.610/98. O crime é comum, e o sujeito passivo é o autor ou aquele que detém a titularidade sobre os direitos autorais. Sendo obra que caiu no domínio público, o sujeito passivo será a sociedade. A violação pode ser patrimonial ou moral (*v.g.* exploração financeira sem autorização ou plágio). O direito autoral abrange obras literárias, artísticas e científicas. Há muitas formas de violação de direito autoral, mas as mais comuns são o plágio (imitação da obra alheia, ainda que

dissimulada por artifícios) e a contrafação (publicação ou reprodução abusiva da totalidade ou parte de obra alheia). Atente-se para o fato de que se a violação for de programas de computador prevalece o crime especial da Lei n. 9.609/98 (art. 12). O crime é doloso e se consuma com a efetiva violação. A tentativa é admissível.

O § 1º prevê qualificadora quando ocorre reprodução de "obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma", sem autorização expressa de quem de direito e com o intuito de lucro direto ou indireto. Outra qualificadora está disposta no § 2º, para a exploração comercial com intuito de lucro de obra reproduzida de acordo com o § 1º. Finalmente o § 3º prevê nova modalidade qualificada pela oferta ao público, com uso de meios eletrônicos, de obra ou produção que viola direito autoral, também com intuito de lucro direto ou indireto.

O § 4º prevê hipóteses de exclusão de tipicidade: a) casos de exceções ou limitações do direito de autor previstos na Lei n. 9.610/98 (*vide* arts. 46, I a VII; 47 e 48 desse diploma); b) cópia única para uso privado da pessoa que copia, sem intuito de lucro direto ou indireto. O problema dessa disposição é que ela somente se refere aos parágrafos do art. 184, CP, e não ao *caput*. Assim sendo, ela se torna inútil, porque nesses parágrafos a falta do intuito de lucro já afasta, por si só, a tipicidade. Quanto ao *caput*, de acordo com alguns, mesmo uma única cópia configuraria a infração (SILVA, 2006, p. 241). Na verdade, mesmo a menção das exceções ou limitações do direito do autor são inúteis, já que, se existem, a tipicidade normalmente seria afastada, independentemente da criação ou não do § 4º (MIRABETE, 2011, p. 343). Agora com relação à afirmação de que uma única cópia para uso privado e sem intuito de lucro configuraria o *caput* (SILVA, p. 241), não se pode concordar, pois que o afastamento das formas qualificadas pressupõe o afastamento do crime simples mediante um critério de proporcionalidade e bom-senso.

Quanto à ação penal, ela é regulada no art. 186, CP. No caso do crime simples (art. 184, *caput*, CP), a ação é privada. É pública condicionada nos casos qualificados dos §§ 1º, 2º e 3º. Finalmente, é pública incondicionada se o crime for praticado em prejuízo de entidades de direito público, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações públicas.

Usurpação de Nome ou Pseudônimo Alheio (art. 185, CP)

Revogado pela Lei n. 10.695/2003.

Dos Crimes Contra o Privilégio de Invenção (arts. 187 a 191, CP); dos Crimes Contra as Marcas de Indústria e Comércio (arts. 192 a 195, CP) e dos Crimes de Concorrência Desleal (art. 196, CP)

Todos revogados pela Lei n. 9.279/96, que trata dos crimes contra a propriedade industrial.

PARTE IV

Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho (arts. 197 a 207)

- Atentado Contra a Liberdade do Trabalho (art. 197, CP)
- Atentado Contra a Liberdade de Contrato de Trabalho e Boicotagem Violenta (art. 198, CP)
- Atentado Contra a Liberdade de Associação (art. 199, CP)
- Paralisação do Trabalho, Seguida de Violência ou Perturbação da Ordem (art. 200, CP)
- Paralisação de Trabalho de Interesse Coletivo (art. 201, CP)
- Invasão de Estabelecimento Industrial, Comercial ou Agrícola. Sabotagem (art. 202, CP)
- Frustração de Direito Assegurado por Lei Trabalhista (art. 203, CP)
- Frustração de Lei sobre a Nacionalização do Trabalho (art. 204, CP)
- Exercício de Atividade com Infração de Decisão Administrativa (art. 205, CP)
- Aliciamento para o Fim de Emigração (art. 206, CP)
- Aliciamento de Trabalhadores de um Local para outro do Território Nacional (art. 207, CP)

Atentado Contra a Liberdade do Trabalho (art. 197, CP)

Tutela-se a liberdade do trabalho. O crime é comum, e a vítima pode ser qualquer pessoa, inclusive pessoa jurídica. A violência pode ser exercida contra qualquer pessoa, inclusive terceiros. São quatro condutas: a) constrangimento violento ou ameaçador ao não exercício de arte, ofício, profissão ou indústria; b) constrangimento violento ou ameaçador a trabalhar ou não em certos períodos ou dias; c) constrangimento violento ou ameaçador à abertura ou fechamento de estabelecimento de trabalho; c) constrangimento ameaçador ou violento à participação de parede ou paralisação de atividade econômica. Em caso de violência, a lei impõe o concurso material. O crime é doloso (dolo específico) e material, consumando-se com o constrangimento da vítima e admitindo a tentativa. A ação penal é pública incondicionada.

Atentado Contra a Liberdade de Contrato de Trabalho e Boicotagem Violenta (art. 198, CP)

Bem jurídico tutelado é a liberdade de trabalho. O tipo é dividido em duas partes: a primeira refere-se ao atentado contra a liberdade de contrato de trabalho; a segunda, à boicotagem violenta. Há duas condutas, mas o tipo não é misto alternativo, e sim *misto cumulativo*, de forma que a prática das duas condutas ensejará responsabilização por dois crimes em concurso material. A primeira parte refere-se ao constrangimento, mediante violência ou grave ameaça à celebração de contrato de trabalho não desejado. Note-se que, se o constrangimento for para a *não celebração do contrato*, não haverá o crime do art. 198, CP, mas constrangimento ilegal (art. 146, CP). Entretanto, não importa se o contrato é individual ou coletivo, escrito ou verbal, original ou renovação, modificação ou adição. Já na boicotagem violenta, a grave ameaça ou violência é empregada para constranger alguém a não negociar matéria-prima ou produto industrial ou agrícola. Trata-se de figura somente dolosa (dolo específico), material e que pode ser permanente ou instantâneo, dependendo da conduta do agente. O atentado se consuma com a celebração do contrato e a boicotagem,

com o constrangimento da pessoa a não negociar. A tentativa é possível. A ação penal é pública incondicionada.

Atentado Contra a Liberdade de Associação (art. 199, CP)

Bem tutelado é a liberdade de associação constitucionalmente prevista no art. 5º, XVII, CF. Sujeitos ativo e passivo podem ser qualquer pessoa (crime comum). A conduta se constitui no constrangimento por violência ou grave ameaça a participar ou não de sindicato ou associação profissional. A violência enseja concurso material de crimes. A conduta é dolosa e material e se consuma com o constrangimento, admitindo tentativa. Ação penal é pública incondicionada.

Paralisação do Trabalho, Seguida de Violência ou Perturbação da Ordem (art. 200, CP)

Tutela-se a liberdade do trabalho e a ordem pública. O crime é comum, podendo ser perpetrado pelo empregado (greve) ou empregador (*lockout*). Não se pune a greve ou paralisação (direito individual), mas seu exercício abusivo com emprego de violência contra a pessoa ou coisa. As vítimas serão as pessoas que sofrem com a violência. Trata-se de crime de concurso necessário, pois exige a participação mínima de três pessoas. Só há conduta dolosa, e o crime é material, consumando-se com a prática da violência durante a greve ou *lockout*, de forma a admitir a tentativa. Ação penal é pública incondicionada.

Paralisação de Trabalho de Interesse Coletivo (art. 201, CP)

O Direito de Greve é constitucionalmente assegurado, mas não é absoluto. As chamadas atividades essenciais são submetidas a regras especiais pela Lei n. 7.783/89. A greve ou *lockout* que prejudique obra pública ou serviço de interesse coletivo, fora das normas da Lei n. 7.783/89, caracterizará o crime em estudo, tendo por sujeito ativo tanto empregados como empregadores. Sujeito passivo é a coletividade. O crime é doloso, e a paralisação tem de ser considerável, prejudicando o serviço ou a obra (Princípio da Insignificância). Trata-se de crime

comum e material, consumando-se com a paralisação e o prejuízo ao serviço ou obra. Admite-se a tentativa. Ação penal é pública incondicionada.

Invasão de Estabelecimento Industrial, Comercial ou Agrícola. Sabotagem (art. 202, CP)

Tutela-se a organização do trabalho. A conduta consiste na invasão dos estabelecimentos supramencionados com dolo específico de prejudicar o curso normal de funcionamento (invasão ou ocupação) ou de praticar danos materiais (sabotagem). O crime é comum, somente não o praticando o empregador ou proprietário do estabelecimento, que é vítima, juntamente com a coletividade. Consuma-se com a invasão ou sabotagem e admite-se a tentativa. Ação penal é pública incondicionada.

Frustração de Direito Assegurado por Lei Trabalhista (art. 203, CP)

Bem jurídico são os direitos trabalhistas. A conduta é a frustração, por fraude ou violência, dos direitos trabalhistas. Em caso de violência há concurso material de crimes. Note-se que a infração é de forma vinculada, de modo que a frustração deve se dar por fraude ou violência. Em outros casos tratar-se-á de mera infração trabalhista penalmente atípica. Também a ameaça não é prevista, de modo que constituirá crime de ameaça (art. 147, CP) ou Constrangimento Ilegal (art. 146, CP) (JESUS, p. 48). O crime é comum, e a vítima é o trabalhador. Trata-se de norma penal em branco, devendo ser completada pela Legislação Trabalhista. Crime material, se consuma com a frustração do direito trabalhista, admitindo tentativa. Há condutas equiparadas previstas no § 1º, do dispositivo enfocado, prevendo a retenção do trabalhador mediante a obrigação de aquisição de mercadorias em certo estabelecimento, de modo a atá-lo a dívidas, bem como o impedimento de seu desligamento por coação ou retenção de documentos pessoais ou contratuais. Nesses casos deve-se atentar para situações de redução à condição análoga à de escravo (art. 149, CP) e supressão de documentos (art. 305, CP), devendo-se fazer as devidas distinções que dizem respeito basicamente aos elementos subjetivos.

Há previsão de aumento de pena de um sexto a um terço se a vítima for menor, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental (§

2º). Ação é pública incondicionada.

Frustração de Lei sobre a Nacionalização do Trabalho (art. 204, CP)

Em algumas atividades laborais a CLT (arts. 352 a 371) estabelece a proporção obrigatória de empregados brasileiros para a proteção da nacionalização do trabalho, bem jurídico tutelado pelo artigo em estudo. O crime é comum, e o sujeito passivo é o Estado (crime vago). A conduta consiste em violar a legislação sobre a nacionalização do trabalho, mediante fraude ou violência a pessoa (norma penal em branco completada pela CLT). Não trata da ameaça que configurará infração ao art. 147 ou art. 146, CP, conforme o caso. Só há figura dolosa, sendo crime material que se consuma com a frustração das normas correlatas, de modo que cabe tentativa. Ação penal é pública incondicionada.

Exercício de Atividade com Infração de Decisão Administrativa (art. 205, CP)

É tutelado o cumprimento das decisões administrativas. O crime é próprio, somente podendo ser cometido por alguém que esteja impedido administrativamente de exercer certa atividade. O sujeito passivo é o Estado. A conduta consiste em exercer a atividade impedida, desobedecendo a determinação administrativa impediente. Se o impedimento se dá por decisão judicial, o crime é o do art. 359, CP. O crime é doloso e habitual, exigindo reiteração de atos, de forma que não existe a tentativa. A ação é pública incondicionada.

Aliciamento para o Fim de Emigração (art. 206, CP)

Defende-se a permanência dos trabalhadores no Brasil. O crime é comum, e o sujeito passivo é o Estado. A conduta consiste em recrutar trabalhadores para levá-los a território estrangeiro. O recrutamento deve dar-se mediante fraude (forma vinculada). Usando a palavra no plural (“trabalhadores”), a lei exige pluralidade vitimal. Discute-se na doutrina se seriam ao menos dois (SILVA,

2006, p. 255; JESUS, 2005, p. 609; DELMANTO et al., 2010, p. 682) ou ao menos três trabalhadores (GRECO, 2011, p. 598; PRADO, 2003, p. 133; BITENCOURT, 2008, p. 783; MIRABETE, 2011, p. 364; NORONHA, 1990, p. 70). Embora prevalente a opinião sobre a necessidade de ao menos três, entendemos que bastam dois trabalhadores, já que a lei não é expressa. A figura é somente dolosa (dolo específico). Tem de haver o elemento da "fraude", razão pela qual o aliciamento de trabalhadores para o exterior sem fraude é fato atípico (MIRABETE, 2011, p. 364). O crime é formal e se consume com o aliciamento, não necessitando que os trabalhadores deixem o território nacional. No entanto, cabe a tentativa. Ação é pública incondicionada.

Aliciamento de Trabalhadores de um Local para outro do Território Nacional (art. 207, CP)

Valem as mesmas observações do artigo anterior, apenas com as seguintes diferenças: visa-se evitar a migração, e não a emigração. Procura-se conter a evasão de trabalhadores de certas áreas do país para outras, gerando desequilíbrio. Aqui não se exige a fraude (crime de forma livre). O aliciamento em si já é criminalizado. A fraude somente aparece na forma equiparada prevista no § 1º. Nesta a conduta consiste no aliciamento dentro do território nacional com fraude ou cobrança de valores do trabalhador. Também se prevê o aliciamento em que não se assegura ao recrutado meios para a volta ao local de origem. A tentativa é admissível no *caput* e nas duas primeiras figuras equiparadas, as quais se consumam com o mero aliciamento, não necessitando a efetiva partida dos trabalhadores. Quanto à última figura equiparada, esta somente se consume quando do fim do contrato de trabalho sem que o empregado tenha condições de retorno. Tratando-se de crime omissivo próprio, não é viável a tentativa. No § 2º, é previsto aumento de pena de um sexto a um terço se a vítima for menor, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

É importante uma observação final sobre todos os crimes contra a organização do trabalho. Diz respeito à competência, pois que a Constituição (art. 109, VI) determina ser da Justiça Federal. Ocorre que o STF consolidou jurisprudência afirmando que essa competência somente se dá em caso de dano coletivo, e não individual. Nos casos de dano individual a competência seria a da Justiça Estadual. Com todo respeito ao entendimento do STF, não há na legislação ordinária e muito menos constitucional nada que abone essa postura.

Não obstante, trata-se de entendimento já consolidado.

PARTE V

Dos Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito aos Mortos (arts. 208 a 212, CP)

- Ultraje a Culto e Impedimento ou Perturbação de Ato a Ele Relativo (art. 208, CP)
- Impedimento ou Perturbação de Cerimônia Funerária (art. 209, CP)
- Violação de Sepultura (art. 210, CP)
- Destruição, Subtração ou Ocultação de Cadáver (art. 211, CP)
- Vilipêndio a Cadáver (art. 212, CP)

Ultraje a Culto e Impedimento ou Perturbação de Ato a Ele Relativo (art. 208, CP)

Tutela-se a liberdade de crença e o livre exercício de culto religioso (art. 5º, VI, CF). As condutas são o escarnecimento (zombaria) por motivo de crença ou função religiosa; o impedimento ou perturbação de cerimônia ou culto religioso e o vilipêndio (menoscabo) público de ato ou objeto de culto religioso. Só há

modalidade dolosa. O tipo é misto cumulativo, de modo que, se o agente incidir em mais de uma conduta, ocorrerá concurso material (GRECO, 2011, p. 602). O escarnecimento e o vilipêndio devem ser públicos. O crime é comum, podendo cometê-lo inclusive crentes e religiosos. No escarnecimento a vítima será o religioso ou crente escarnecido, sendo obrigatoriamente pessoa determinada. Na indeterminação o fato é atípico (ex.: escarnecer de uma classe de religiosos). Já nas demais condutas a vítima é a comunidade religiosa. A tentativa no escarnecimento verbal é impossível. No impedimento (crime material) a tentativa é possível. No vilipêndio, se for material (*v.g.* quebrar uma imagem) cabe tentativa; se for formal (ex.: xingamentos a um objeto de culto), não cabe tentativa. Em caso de violência contra a pessoa ou coisa há aumento de um terço da pena, sem prejuízo do concurso material de infrações. A ação é pública incondicionada.

Impedimento ou Perturbação de Cerimônia Funerária (art. 209, CP)

Tutela-se o respeito aos mortos. O crime é comum, e o sujeito passivo é a coletividade. O morto é objeto material. A conduta é impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária (enterro, velório, cremação etc.). A missa de 7º dia parece melhor enquadrável no art. 208, CP. Já a chamada missa de corpo presente é atinente ao crime ora em estudo. O crime é doloso e se consume com o impedimento ou perturbação, admitindo a tentativa. Há também aumento de pena pela violência contra coisa ou pessoa e concurso material de crimes. A ação penal é pública incondicionada.

Violação de Sepultura (art. 210, CP)

Tutela-se o respeito aos mortos. O crime é comum, e o sujeito passivo é a coletividade. A conduta consiste em violar (abrir, arrombar, destruir) ou profanar (desrespeitar, ofender). O objeto material é a sepultura ou urna funerária. O crime é doloso (dolo genérico) e cabe tentativa. Trata-se de crime de conteúdo variado, de modo que incidindo em ambas as condutas responde o agente por apenas um crime. Pode haver concurso com furto ou subtração de cadáver (MIRABETE, 2011, p. 376). Já a exumação irregular de cadáver é contravenção penal prevista no art. 67, LCP (op. cit., p. 376). A ação é pública incondicionada.

Destruição, Subtração ou Ocultação de Cadáver (art. 211, CP)

O bem tutelado é o respeito aos mortos. A conduta é de destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele. A ocultação só pode ocorrer antes do sepultamento, já a destruição ou subtração pode ser anterior ou posterior. Normalmente o crime é instantâneo, mas é permanente no caso de ocultação. Crime comum, tendo por sujeito passivo a coletividade. Objeto material é o cadáver ou suas partes. O cadáver é somente aquele que mantém a aparência íntegra, não sendo, portanto, abrangidos os corpos decompostos, múmias, esqueletos, cinzas etc. Quanto ao feto e ao natimorto, há 3 correntes: a) ambos não são protegidos pela norma que pressupõe o nascimento anterior com vida; b) seriam protegidos o natimorto e o feto com mais de 6 meses; c) não há crime em se tratando de feto abortado, mas há no caso do natimorto. Este último entendimento é que prevalece no Brasil (PIERANGELI, 2005, p. 745). A consumação se dá com o perfazimento dos verbos e é possível a tentativa. Só há modalidade dolosa. É preciso atentar para os casos em que ocorre retirada de órgãos ou partes do corpo para fins de transplante, aplicando-se norma especial da Lei n. 9.434/97 (arts. 14 a 20). A ação é pública incondicionada.

Vilipêndio a Cadáver (art. 212, CP)

Tutela-se o respeito aos mortos. A conduta é vilipendiar (desrespeitar, menoscabar, ofender). O objeto material é o cadáver e suas cinzas. Inversamente ao crime anterior, são abrangidos o esqueleto e o corpo em decomposição, já que as cinzas (que são menos) são tuteladas (NORONHA, 1990, p. 109). Quanto ao feto e ao natimorto, valem as mesmas observações anteriores. São exemplos: cuspir num morto ou atos de necrofilia (praticar sexo com um cadáver) etc. Crime comum, tendo como sujeito passivo a coletividade. A conduta deve ser dolosa (dolo específico de vilipendiar o cadáver). O vilipêndio pode ser material (exemplos *supra*) ou formal (*v.g.* ofensas verbais ao cadáver). No primeiro caso é possível a tentativa, no segundo ela é inviável. Igualmente é importante atentar para os arts. 14 a 20 da Lei n. 9.434/97 (Lei de Transplantes). A ação é pública incondicionada.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código penal anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARANHA, Adalberto Q. T. de Camargo. *Crimes contra a honra*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. t. IV.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *A Lei n. 11.923/2009 e o famigerado sequestro-relâmpago*. Afinal, que raio de crime é esse? Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 6 maio 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 4 out. 2008.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Reflexos da Lei Maria da Penha nas imunidades dos crimes patrimoniais*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 6 jun. 2007.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Significado de "veículo automotor" na Lei n. 9.426/96*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 31 jul. 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Brinquedo não é arma (críticas à Súmula 174 do STJ). *Boletim IBCCRim*, n. 50, jan. 1997.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal* – Curso completo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso completo de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. *Sequestro relâmpago com morte*: é crime hediondo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 19 jun. 2009.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: RT, 2007.

FARIA, Bento. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. 4.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial. 3. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. v. 1.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: RT, 1995.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. V.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. VII.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1999. v. IV.

MEHMERI, Adilson. *Noções básicas de direito penal* – Curso completo. São Paulo: Saraiva, 2000.

MESTIERI, João. *Curso de direito criminal*. São Paulo: Alba, 1970.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. II.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2 e 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte especial. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. II.

SILVA, Eduardo Araújo da. Roubo mediante sequestro: concurso de infrações ou crime qualificado? *Boletim IBCCrim*, n. 51, fev. 1997.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito penal* – Crimes contra a pessoa. 2. ed. São Paulo: RT, 1973.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Lei do Salário Mínimo e os Delitos Tributários: nem tudo muda. *Boletim IBCCrim*. n. 222, p. 6-7, maio, 2011.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. I.